

FABIANE TESSARI LIMA DA SILVA

**ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO  
BRASILEIRO**

CURITIBA

2008

FABIANE TESSARI LIMA DA SILVA

**ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO  
BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial  
à conclusão do Curso de Bacharelado em  
Direito, Setor de Ciências Jurídicas da  
Universidade Federal do Paraná

Orientador: Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira

CURITIBA

2008

Agradeço a Deus, pela vida, e à minha mãe,  
por sua fé e seu amor.

Dedico este trabalho ao Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira, a quem também agradeço, não apenas pela orientação, mas por todo aprendizado que me proporcionou e pela bondade em compartilhar seu conhecimento.

“the legal process (...) is too important to be left simply to the legal specialists, to the layers or even to the judges.” (Stephen Breyer)

## SUMÁRIO

RESUMO.....	
INTRODUÇÃO.....	01
<b>CAPÍTULO I – ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....</b>	<b>03</b>
<b>1.1 Principais teorizações da <i>Law and Economics</i>.....</b>	<b>03</b>
1.1.1 Aspecto positivo da análise econômica do direito.....	04
1.1.2 Aspecto normativo da análise econômica do direito.....	07
1.1.3 Maximização da riqueza e eficiência em termos econômicos.....	09
<b>1.2 Principais críticas à <i>Law and Economics</i>.....</b>	<b>12</b>
1.2.1 Crítica à maximização da riqueza social.....	15
1.2.2 Incompatibilidade da <i>Law and Economics</i> com a justiça distributiva.....	16
<b>CAPÍTULO II – RACIONALIDADE ECONÔMICA E O DIREITO BRASILEIRO.....</b>	<b>20</b>
<b>2.1 Racionalidade econômica <i>versus</i> racionalidade jurídica.....</b>	<b>20</b>
<b>2.2 Incorporação de elementos econômicos pelo Direito.....</b>	<b>24</b>
<b>2.3 Contribuições da análise econômica: o aspecto positivo e a eficiência.....</b>	<b>26</b>
<b>CAPÍTULO III – ATUAÇÃO JUDICIAL NO BRASIL.....</b>	<b>31</b>
<b>3.1 Bases teóricas para uma atuação mais efetiva do Poder Judiciário.....</b>	<b>31</b>
3.1.1 Superação do positivismo jurídico.....	31
3.1.2 A doutrina da efetividade.....	35
<b>3.2 Contexto da atuação ativa do Poder Judiciário.....</b>	<b>38</b>
3.2.1 O “novo” papel dos magistrados.....	38
3.2.2 Os principais critérios de racionalidade da doutrina constitucional.....	42
<b>3.3 A prática da atuação judicial.....</b>	<b>48</b>
3.3.1 A (in)segurança jurídica.....	48
3.3.2 A eficiência e a finalidade como critérios de decisão.....	53
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>58</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>61</b>

## **RESUMO**

A presente monografia jurídica objetiva discutir a possibilidade de o Poder Judiciário considerar, na prática, elementos externos ao Direito, especialmente a racionalidade econômica, mesmo em se tratando de conflitos entre direitos constitucionais fundamentais. A partir da revisão de material bibliográfico pertinente ao assunto e de estudos sobre pesquisas jurisprudenciais verificou-se como a análise econômica do direito pode contribuir com os juristas e proporcionar maiores benefícios sociais – ou pelo menos evitar que sejam causados prejuízos. Antes de começar a tratar da atuação do Judiciário brasileiro foi realizado um breve estudo acerca da análise econômica do direito e das possibilidades de sua aplicação no Brasil. Ao longo de todo o texto foram problematizados alguns dos possíveis óbices à utilização de elementos econômicos pelos juristas para no fim concluir que o instrumental teórico da Economia pode contribuir muito, devendo ser considerado especialmente entre disputas que envolvem micro e macrojustiça. A possibilidade de os magistrados considerarem aspectos exteriores ao Direito na tomada de decisões foi legitimada, dentre outros, pela mudança do papel do Judiciário na sociedade brasileira. Os juízes passaram a ter função ativa na promoção e tutela de direitos fundamentais, bem como maior liberdade e discricionariedade na aplicação da normativa aos casos concretos. Neste contexto, para que os juízes não se afastem do objetivo das leis e dos fundamentos do ordenamento jurídico, defende-se que aspectos como a eficiência e a interpretação finalística das normas sejam considerados, especialmente para orientá-los em sua atividade judicante.

## INTRODUÇÃO

Nem sempre os juristas consideram aspectos econômicos em sua atuação. No entanto, freqüentemente a aplicação do Direito gera consideráveis efeitos econômicos, que refletem em diversas áreas sociais. Ultimamente, talvez em função da complexidade das relações sociais, isto tem sido percebido com maior intensidade e o Direito, sozinho, conforme consagrado pela tradição legal, não tem conseguido lidar de maneira satisfatória com estas questões.

Há algum tempo a incomunicabilidade entre Direito e Economia foi superada, especialmente no sistema norte-americano, onde diversos estudos relacionando as duas ciências foram desenvolvidos, principalmente a partir do século XX. O movimento da análise econômica do direito surgiu em meio ao descontentamento para com o fundamentalismo jurídico que vinha triunfando desde a consagração do iluminismo. Fortaleceu-se porque, dentre as ciências sociais, a Economia se mostrava como a mais promissora para oferecer respostas corretas para os problemas jurídicos contemporâneos.

No Brasil ainda há certa resistência em aceitar a inserção da racionalidade econômica na análise e aplicação das normas jurídicas. No entanto, pouco a pouco, ainda que intuitivamente, os juristas, estão começando a utilizar conceitos pragmáticos em sua atuação. Percebeu-se que o aplicador do Direito deve fazer um juízo de adequação da normativa em relação à realidade, e que, para isto, a ciência econômica muito pode contribuir.

A mudança do modelo jurídico tradicional brasileiro, no sentido de incorporar, na prática, aspectos externos ao Direito, tornou-se possível devido a uma série de alterações recentes na própria estrutura e racionalidade jurídicas e, também, devido à mudança do papel do Poder Judiciário na sociedade, o qual se tornou mais atuante e expressivo. Soma-se a isto o fato de que os juízes passaram a lidar com problemas novos e mais complexos.

Dado este contexto, o presente trabalho pretende abordar as possibilidades de a ciência econômica contribuir com os magistrados brasileiros na resolução dos conflitos, especialmente os que envolvem determinados direitos



constitucionais fundamentais.

Para isto, inicialmente – no primeiro capítulo – foram tratados os principais aspectos da análise econômica do direito, conforme desenvolvida no contexto norte-americano, bem como as principais críticas contra seus postulados. A intenção foi demonstrar em que termos a análise econômica do direito foi inicialmente proposta e quais são suas premissas fundamentais.

Na seqüência, no segundo capítulo, tratando-se especificamente do âmbito brasileiro, procurou-se relacionar a racionalidade Econômica e a Jurídica, afastando as possíveis incompatibilidades e demonstrando de que forma aquela poderia contribuir com o Direito. Problematisa-se se já não há, de fato, relação prática entre estas duas ciências, e de que forma elementos econômicos poderiam ser úteis ao Judiciário Brasileiro.

No último capítulo, o foco concentra-se na atuação judicial. Inicialmente tratou-se das bases teóricas que legitimaram a maior discricionariedade e liberdade dos juízes na tomada de decisões e a possibilidade de serem ponderados os diversos interesses em jogo. Por fim, a partir da constatação de que a atuação prática do Judiciário nem sempre gera os efeitos desejados, discute-se a possibilidade de, a partir da utilização de elementos da análise econômica, os magistrados conseguirem obter melhores resultados práticos, beneficiando a sociedade como um todo, e não apenas uma das partes envolvida nos litígios.

## CAPÍTULO I - ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

### 1.1 Principais teorizações da *Law and Economics*

O Direito é um sistema aberto que influi e é influenciado pelas instituições sociais existentes na comunidade em que se aplica. Em todo processo de formação do Direito, incluindo a criação, interpretação e aplicação normativas, há interferências do e no meio social.

Ainda que – especialmente nos países da família romano-germânica – os positivistas tenham se esforçado para isolar o Direito e sua racionalidade de qualquer interferência externa, alheia à sua natureza, prevaleceu a compreensão de que a função dos institutos jurídicos seria mais importante que sua estrutura. Seria melhor adequar o Direito à realidade, permitindo que cumpra suas funções perante a sociedade, do que manter uma estrutura normativa rígida, imutável e conseqüentemente ineficaz.

A compreensão da interdisciplinaridade do Direito permitiu que recentemente, a partir de meados do século XX, tenha sido feita forte aproximação entre Direito e Economia. Desde o século XVIII já era possível observar algum diálogo entre as duas ciências, com Adam SMITH e Jeremy BENTHAM que estudaram, respectivamente, os efeitos econômicos das normas jurídicas e a relação entre utilitarismo<sup>1</sup> e legislação, destacando a importância de análise interdisciplinar de fatos sociais.

Este diálogo evoluiu, mas até 1960 a utilização do método econômico pelos operadores do Direito estava circunscrita a determinados campos específicos (direito antitruste, propriedade intelectual, etc.), ou seja, sua abrangência ainda era limitada.<sup>2</sup> Foi com o movimento da *Law and Economics* norte-americana que a produção científica se intensificou neste âmbito.<sup>3</sup>

O movimento da *Law and Economics* começou na Universidade de

---

<sup>1</sup> O utilitarismo clássico julga toda e qualquer ação com base na tendência que possui para aumentar ou diminuir a felicidade geral da sociedade.

<sup>2</sup> FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. Análise Econômica do Direito e Possibilidades Aplicativas no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, Ano 3, n.º 9, jan/mar 2005, p. 29.

<sup>3</sup> SZTAJN, Raquel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Raquel (org). *Direito & Economia – Análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 74.

Chicago, na década de 60, com Ronald COASE e, em seguida, Richard POSNER. Paralelamente, Guido CALABRESI destacou-se na Universidade de Yale.<sup>4</sup> Consiste principalmente (e não exclusivamente) na aplicação de alguns princípios da teoria microeconômica neoclássica na análise das normas jurídicas, compreendendo que estas nem sempre se assentam nos princípios da culpa, justiça comutativa ou distributiva.<sup>5</sup>

Entre as principais tarefas da análise econômica do direito estão: prever os efeitos das normas jurídicas a partir do ponto de vista econômico (teoria dos preços); determinar sob a ótica econômica quais normas jurídicas são eficientes (economia do bem-estar); e utilizar a ciência econômica para definir que normas jurídicas serão editadas (escolha pública).<sup>6</sup> Em linhas gerais, estas tarefas encaixam-se em dois aspectos: o *positivo* e o *normativo*.

### 1.1.1 Aspecto positivo da análise econômica do direito

O ponto de partida dos economistas da Escola de Chicago é o pressuposto de que as normas efetivamente modificam comportamentos. Trata-se do que KORNHAUSER indicou como tese *behaviorista* da análise econômica do direito, que segundo ele seria a mais fundamental das teses e estaria implícita em quase todas as análises.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> Em *The problem of social cost*, Ronald COASE analisou o papel das normas de responsabilidade civil nos casos de má vizinhança. O artigo foi publicado no *Journal of Law and Economics* em 1962. Em *Some thoughts on risk distribution*, Guido CALABRESI discutiu os efeitos das normas que regulam a responsabilidade civil relativa a acidentes (publicado em *Yale Law Journal*, em 1961). Richard POSNER foi quem escreveu o primeiro manual universitário da disciplina *Economic Analysis of Law*. Cf.: KORNHAUSER, Lewis A.. A análise econômica do direito. *Sub Judice – Justiça e Sociedade. Ideias*. n.º 2, Portugal, jan/abr 1992, p. 44; MENDES, Armindo Ribeiro. O processo executivo e a economia. *Sub Judice – Justiça e Sociedade. Ideias*. n.º 2, Portugal, jan/abr 1992, p. 51.

<sup>5</sup> A análise econômica do direito não se limita aos estudos da Escola de Chicago, ainda que freqüentemente ambas as expressões sejam tidas como sinônimos. A Escola de Chicago relaciona-se mais especificamente à linha que se identifica com POSNER e seus seguidores. Já a expressão análise econômica do direito, por vezes denominada de “versão Yale” da Escola de Chicago, estaria mais próxima da visão proposta por CALABRESI. Para os fins deste trabalho esta distinção não será utilizada. FORGIONI, Paula A. Análise econômica do Direito: Paranóia ou mistificação? In: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; Martonio Mont’Alverne Barreto Lima (orgs.). *Diálogos Constitucionais – Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 420.

<sup>6</sup> FRIEDMAN, David. Direito e Ciência Econômica. *Sub Judice – Justiça e Sociedade. Ideias*. n.º 2, Portugal, jan/abr 1992, p. 31.

<sup>7</sup> O autor fala na existência de mais três teses fundamentais, além da *behaviorista*: a *normativa*, a *descritiva* e a *evolucionista*, que serão tratadas adiante. KORNHAUSER, Lewis A.. Obra citada, p. 45.

Por esta tese afirma-se que o direito influencia os comportamentos dos indivíduos de maneira econômica. Parte do pressuposto de que o homem, na tentativa de contornar a escassez<sup>8</sup>, sempre agiria racionalmente, levando em consideração as vantagens e desvantagens que pode obter com suas ações (*homo economicus*)<sup>9</sup>. Desta forma, adota a teoria da escolha racional, pela qual cada indivíduo retira determinada utilidade de uma dada situação, de acordo com a informação e capacidade cognitiva de que dispõe.<sup>10</sup> Esta racionalidade não pressupõe consciência absoluta sobre todas as decisões, mas afasta a possibilidade de as normas jurídicas terem um impacto educativo ou moral sobre o agente, já que o indivíduo agiria sempre no seu interesse, e não orientado pela moral.<sup>11</sup>

Ainda que a teoria da escolha racional não possa ser adotada indistintamente<sup>12</sup>, contribuiu para a percepção de que determinada alteração normativa levará, necessariamente, à variação no comportamento institucional e no desempenho econômico dos indivíduos. Conseqüentemente, ao modificar a conduta dos sujeitos, determinadas inovações legais interferem substancialmente nas relações de mercado.

Partindo da tese *behaviorista* os economistas da Escola de Chicago defendem que a análise microeconômica (que envolve o raciocínio da lei da oferta e

---

<sup>8</sup> Escassez compreendida como descompasso entre os desejos humanos e os recursos necessários para satisfazê-los. FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. Obra citada, p. 30.

<sup>9</sup> Ressalte-se que o *homo economicus* é o sujeito que age de forma racional, não sendo, necessariamente, racional. "O pressuposto diz respeito ao comportamento e não especificamente aos processos mentais que o originam." RODRIGUES, Vasco. *Análise Económica do Direito – uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 17. Para Armindo Ribeiro MENDES, a análise econômica do direito "analisa os sujeitos económicos, que são consumidores de bens escassos, e que se comportam como seres racionais que prosseguem os respectivos interesses." MENDES, Armindo Ribeiro. Obra citada, p. 53. Para FARACO e SANTOS, "o ser econômico, em suma, é considerado como um indivíduo que age racionalmente, buscando maximizar sua utilidade, tomando decisões alocativas de recursos dentro desta perspectiva." FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. Obra citada, p. 32.

<sup>10</sup> RODRIGUES, Vasco. Obra citada, p. 15.

<sup>11</sup> KORNHAUSER, Lewis A.. Obra citada, p. 43.

<sup>12</sup> Pela velha figura do *homo economicus* se conjuga a racionalidade com o egoísmo, que pode levar à exclusão, por serem teoricamente irracionais, das atitudes solidárias ou altruístas. Aos poucos, esta percepção racionalista da conduta humana foi sendo alterada. A estreiteza de seus pressupostos, que desconsideram questões psicológicas e sociológicas, leva à insuscetibilidade de corresponder, com realismo, à noção de meios e fins que é ponto central da racionalidade. "Mas, insiste-se, não lhe desmente o núcleo, que é a convicção de que a conduta humana tende para a maximização racional dos fins (...)." Apenas destaca-se a evolução da teoria da escolha racional, deixando de ignorar manifestações de racionalidade limitada ou mesmo de irracionalidade. ARAÚJO, Fernando. *Análise Económica do Direito – Programa e Guia de Estudo*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 25.

da demanda) fornece um instrumental válido para prever o comportamento dos indivíduos perante as regras jurídicas – o que envolve muito mais um exercício de sociologia do que de dogmática jurídica.

Trata-se do aspecto *positivo* da análise econômica (ou descritivo), que exerce papel explicativo das normas jurídicas e procura determinar, a partir de dados empíricos relativos à sua aplicação, suas conseqüências (efeitos e eficácia social) sem, no entanto, pretender alterá-las.

Este enfoque é de extrema relevância porque permite indicar quais são as normas que trazem efeitos positivos, que cumprem os fins a que se propõem, e quais são as que podem gerar desequilíbrios. Desta forma pode orientar, além da dogmática jurídica, a fixação de objetivos de política legislativa.<sup>13</sup>

Ao avaliar se as conseqüências das normas são desejáveis analisa-se não apenas seu resultado no caso concreto, mas também seus efeitos sobre o comportamento daqueles que, conhecendo a norma, modificam suas ações para levá-la em consideração. Por isso a análise econômica altera radicalmente os fundamentos suscetíveis de sustentar a defesa da regulamentação ou o ataque contra ela, eliminando a justificação óbvia e substituindo-a por um conjunto diferente e muito mais complexo de questões.<sup>14</sup>

Economicamente, prever os efeitos das leis pode significar demonstrar que a norma não terá o efeito socialmente esperado. Apresentando uma série de exemplos e casos concretos, os economistas da Escola de Chicago demonstraram que muitas vezes o Estado, ao regulamentar determinada matéria, resolve de maneira imediata o problema em questão, mas a longo prazo – ou não tão longo assim – acaba gerando conseqüências desfavoráveis a todos os sujeitos atingidos pela regulamentação, inclusive àqueles que deveriam ser beneficiados.

Para que estes efeitos negativos não aconteçam os analistas da *Law and Economics* se propõem a, a partir dos aspectos *positivos* mencionados, definir e prescrever os meios jurídicos mais eficientes para atingir determinados fins. Ou seja, defendem que as normas jurídicas deveriam ser escolhidas com vistas a obter determinados comportamentos econômicos. Aqui começa a apontar o aspecto

---

<sup>13</sup> FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. Obra citada, p. 45.

*normativo* da análise econômica do direito.

### 1.1.2 Aspecto normativo da análise econômica do direito

Seguindo o raciocínio da tese *behaviorista* Richard POSNER formulou a tese conhecida como *normativa* – marca da Escola de Chicago e vertente mais conhecida da análise econômica do direito – pela qual os juízes e legisladores devem estabelecer normas jurídicas que induzam um comportamento eficiente (economicamente ou não).

O aspecto normativo decorre, portanto, da preocupação dos economistas com a eficiência. Analisa em que grau a eficiência em termos econômicos pode ser utilizada como critério a guiar a construção de raciocínios jurídicos, buscando uma função específica para o Direito. Identifica, de acordo com critérios de eficiência, as normas que geram efeitos negativos e as que geram efeitos positivos e a partir daí determina quais normas deverão ser editadas.<sup>15</sup> Difere da tese *behaviorista* porque para esta o comportamento resultante não precisa, necessariamente, ser eficiente.

Ao pretender orientar a produção normativa, esta tese acaba interferindo no âmbito da regulação estatal das relações privadas. A princípio os economistas da *Law and Economics* afirmam que a regulação seria tarefa própria dos mercados, e não do governo. Por isso tende-se a afastar a intervenção do Estado nas relações sociais, especialmente nas que envolvem interesses econômicos, confiando na capacidade de negociação das partes envolvidas<sup>16</sup>. Isto porque as intervenções estatais limitariam as ações, controlando apenas seus elementos exteriores. Desta forma o Estado, por meio do Direito, só deveria intervir diretamente nas relações econômicas quando a atuação do mercado não fosse mais eficiente, ou seja, quando houvesse falhas de mercado.

Este posicionamento, no entanto, não significa dizer que os estudiosos econômicos do Direito defendem um pensamento não intervencionista. Partem da

---

<sup>14</sup> FRIEDMAN, David. Obra citada, p. 31.

<sup>15</sup> FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. Obra citada, p. 31.

<sup>16</sup> Maria Manuel Leitão MARQUES demonstrou, no entanto, que cada vez mais as empresas afastam a negociação privada e recorrem ao Direito para solução de conflitos, em busca de estabilidade e segurança. MARQUES, Maria Manuel Leitão. O direito nos contratos das empresas. *Sub Judice – Justiça e Sociedade. Index.* n.º 2, Portugal, jan/abr 1992, p. 34 Atualmente percebe-se um crescimento da opção pela arbitragem.

idéia de que já que o governo, através do sistema legal, intervirá na economia, é preciso que esta intervenção seja feita adequadamente. Para isto afirmam que a contribuição de elementos econômicos pode ser fundamental.

Nos diversos casos em que a intervenção estatal seria apropriada ou mesmo vantajosa a análise econômica do direito interfere para dizer de que forma deve ser feita, para que seja eficiente. Pelo raciocínio econômico, por exemplo, incentivos capazes de gerar a auto-regulação, como a responsabilização ou mesmo incremento nos custos, proporcionariam vantagens maiores.<sup>17</sup>

A tese *normativa* considera que um sistema fundado em princípios econômicos seria congruente com as intuições morais da sociedade e que os indivíduos consentiriam com esta opção, já que também agem de maneira econômica. Por isto a opção pela eficiência seria legítima<sup>18</sup>.

Percebendo a limitação desta tese surgiram interpretações diversas que modificaram consideravelmente seus fundamentos. A tese *evolucionista*, por exemplo, defende que a própria sociedade seria responsável por garantir a eficiência, questionando judicialmente as normas ineficientes. As pressões sociais é que determinariam a seleção feita pelo juiz a favor da eficiência.

Esta compreensão abrangeria melhor a complexidade do sistema que produz as normas jurídicas. Afasta o caráter instrumental da tese *normativa* e admite que outros atores sociais, baseados em critérios não meramente econômicos, atuam na produção do direito.

Em síntese, o objetivo comum das diferentes teses que integram o aspecto normativo é a obtenção da eficiência no sentido de utilidade social da norma (maximização<sup>19</sup> da riqueza), que pode ser alcançada com ou sem intervenção estatal, dependendo do caso concreto.

---

<sup>17</sup> Para POSNER, "the basic function of law in an economic or wealth maximizing perspective is to alter incentives." O fato de estes incentivos serem, ou não, monetários é irrelevante. O que importa é que sejam eficientes. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law – From Posner to Post-Modernism*. New Jersey: Princeton, 1997, p. 58.

<sup>18</sup> Seguindo nesta mesma linha, a tese *descritiva*, voltada para a *common law*, afirma que este sistema seria eficiente, já que os juízes, na tomada de decisões, sempre seguem o raciocínio econômico, ainda que implicitamente. Defende que o direito criado pelos juízes induz um comportamento eficiente independentemente das motivações ou práticas que o influenciaram. KORNHAUSER, Lewis A.. Obra citada, p. 49.

<sup>19</sup> Maximização no sentido de escolher a opção mais benéfica possível. FARACO, Alexandre Ditzel;

### 1.1.3 Maximização da riqueza e eficiência em termos econômicos

A partir do raciocínio normativista de POSNER, Ronald COASE desenvolveu seu teorema<sup>20</sup>. COASE percebeu que geralmente o Estado tende a penalizar aqueles que geram externalidades negativas a outros e costuma não ressarcir os que geram externalidades positivas.<sup>21</sup> Sob a perspectiva econômica nem sempre estas seriam as soluções mais adequadas.

As externalidades negativas, via de regra, são negativas porque geram custos. Muitas vezes o custo gerado é decorrente do exercício de atividades econômicas incompatíveis entre as duas partes. Desta forma, em caso de conflito, o Estado deve buscar uma solução que resolva o problema sem necessariamente responsabilizar aquele que causou a externalidade, pois isto poderia inviabilizar a continuidade de sua atividade econômica. Por exemplo, se uma empresa gera poluição, o operador do Direito não deve restringir sua análise a este aspecto, mas deve incluir também os eventuais benefícios advindos da atividade da empresa poluidora.

O objetivo é evitar o maior prejuízo, considerando-se os custos e benefícios para todas as partes envolvidas na ação, o que abrange uma série de outras questões que a tradição legal, fundada nos critérios jurídicos clássicos de causalidade ou culpabilidade, desconsidera<sup>22</sup>. A abordagem econômica contrasta com a tradicional porque transforma a causalidade em resultado, e não em uma premissa. Neste sentido, os teóricos da análise econômica do direito defendem que

---

SANTOS, Fernando Muniz. Obra citada, p. 31.

<sup>20</sup> O Teorema de COASE parte do princípio que nas relações de mercado, além dos custos de produção e de transporte, existem custos de transação. Segundo ele, em uma situação ideal em que os custos de transação fossem iguais a zero, seria mais adequada a livre negociação das partes do que a intervenção estatal. Nos casos em que a intervenção estatal fosse necessária deveria ser feita baseada em critérios de eficiência e utilidade, que aumentariam a segurança e previsibilidade jurídicas, e não com base em critérios jurídicos abstratos, como culpa ou justiça. MARTINS, Manuel Victor. Ronald Coase: Na fronteira da Economia e do Direito. *Sub Judice – Justiça e Sociedade. Ideias*. n.º 2, Portugal, jan/abr 1992, p. 29.

<sup>21</sup> As externalidades, segundo PIGOU, seriam ações de uma parte que impõem custos à outra, pelos quais a primeira não tem necessidade de compensar a segunda. Nestes casos o Estado intervém para que a parte que gerou a externalidade compense ou cesse o custo que causou. Trata-se da tradicional regra jurídica da imputação por critérios de causalidade. Para FORGIONI, as externalidades ocorrem quando “terceiros são afetados pelas consequências de relação jurídico-econômica na qual não são partes.” Neste sentido, podem ser positivas, quando causarem benefícios, ou negativas, quando causarem prejuízos. Um exemplo de externalidade negativa seria a poluição. FORGIONI, Paula A. Obra citada, p. 426.

<sup>22</sup> KORNHAUSER, Lewis A.. Obra citada, p. 47-48.



seja feito um juízo de valor de acordo com o critério da eficiência.

Este juízo de valor, que motivará a escolha pública, envolve interesses de diversas camadas sociais. Inegavelmente ao favorecer o interesse de uns, outros serão prejudicados. O critério adotado será legítimo se, dentre as escolhas possíveis, os benefícios causados forem maiores que os prejuízos. Desta forma será obtida a eficiência<sup>23</sup>, que, segundo Richard POSNER, consiste na maximização da riqueza social ou redução dos custos gerados. A opção pela maximização da riqueza seria legítima porque, além de proporcionar maior utilidade social, refletiria positivamente em diversas áreas sociais, trazendo maior bem estar social, ainda que cause prejuízos a alguns.

Permite-se, portanto, certa ineficiência em relação à parte da sociedade, desde que haja a possibilidade de esta ser *compensada* de alguma forma. O princípio da compensação<sup>24</sup> serve como base teórica para a análise do custo-benefício. Por este princípio, uma mudança que favoreça alguns indivíduos em detrimento de outros trará melhoras de bem estar social se os beneficiados puderem potencialmente superar os prejudicados, ou seja, se os ganhos para os ganhadores excederem as perdas para os perdedores.

Não se trata de ressarcir os perdedores porque se estes fossem efetivamente compensados retornar-se-ia ao esquema proposto por PARETO. A compensação seria puramente distributiva na medida em que seria suficiente saber que existem ganhos a serem distribuídos.

A determinação do que seria a escolha eficiente para a sociedade – ou para a maioria – parte dos objetivos e preferências individuais, já que os indivíduos

---

<sup>23</sup> O principal critério de eficiência, definido por Vilfredo PARETO (1848-1923), consiste, em síntese, em que há eficiência quando for impossível aumentar a utilidade de uma pessoa sem reduzir a utilidade de outra. Desta forma não seria possível encontrar outra forma de alocação mais benéfica. Por não abarcar a complexidade das relações sociais este critério foi superado. GALDINO, Flávio, Flávio. *Introdução à teoria do custo dos direitos – direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 242-243.

<sup>24</sup> Trata-se do critério chamado *Kaldor-Hicks efficiency*, que foi formulado como uma alternativa ao critério restritivo de eficiência proposto por PARETO e popularizado por POSNER como “maximização da riqueza”. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. Obra citada, p. 19. Segundo VASCO, também a aplicação do princípio da compensação não está isenta de dificuldades. “Embora, no seu espírito, pretenda evitar a comparação inter-pessoal de utilidades, a sua aplicação prática requer uma avaliação dos benefícios e custos decorrentes da alteração, para que se possa verificar se há alguma compensação que os beneficiados estivessem dispostos a pagar aos prejudicados e que estes considerassem suficiente.” RODRIGUES, Vasco. Obra citada, p. 28-29.

sempre tomariam suas decisões de modo a maximizar seus interesses. Baseando-se no individualismo metodológico, pelo qual o comportamento econômico global consiste na agregação das decisões dos indivíduos, a análise econômica do direito legitima a opção pela eficiência porque esta seria considerada em função da somatória das preferências individuais. Por isto seria democraticamente justificável.

Além de interessar a todos, as regras de maximização da riqueza seriam justas por serem reflexo do consentimento social. Nesse sentido a própria sociedade, por vezes, preferiria um regime de negligência em detrimento de um regime de responsabilidade estrita.

Rigorosamente a escolha deve ser feita pela alternativa menos custosa para a sociedade como um todo, que geralmente é a solução que distribui os riscos entre as partes. Aqui se verifica novamente uma ruptura com os tradicionais critérios de justiça do direito convencional, já mencionados. A justiça passa a ser vista como distribuição dos custos associados ao risco. Para POSNER a justiça é freqüentemente uma versão da eficiência e esta sempre foi um importante valor social.<sup>25</sup>

A tarefa da *Law and Economics* seria muito mais fácil se a eficiência pudesse ser defendida como o único e principal objetivo. De fato, isto é o que muitos teóricos da análise econômica do direito defendem. Neste sentido, David FRIEDMAN chegou a afirmar que, ainda que a eficiência econômica não seja a única finalidade do Direito, seria mais vantajoso para toda a sociedade se os tribunais, ao invés de tentar promover a redistribuição de riquezas, o que geralmente não é alcançado, garantissem a eficiência.<sup>26</sup> Isso traria mais utilidade total.

No entanto, tão importante quanto a eficiência é a equidade. A formulação prudente de regras legais deve considerar tanto a eficiência alocativa quanto a distribuição. Neste sentido, Guido CALABRESI defende que a eficiência econômica não seria o único valor a ser considerado. Deveriam ser consideradas também questões de justiça distributiva.<sup>27</sup> Na verdade o que CALABRESI propõe é uma combinação entre a riqueza total e sua distribuição de modo a conciliar critérios de

---

<sup>25</sup> Idem, p. 66.

<sup>26</sup> FRIEDMAN, David. Obra citada, p. 33.

<sup>27</sup> MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. Obra citada, p. 81.

justiça. Para ele a justiça teria poder dominante, por isso seria melhor ter menos utilidade total, mas uma distribuição mais igualitária. Desta forma, valeria à pena buscar a riqueza social desde que não entrasse em conflito com o princípio de justiça.

Ainda que critérios de distribuição sejam incluídos no discurso retórico de algumas escolas de análise econômica do direito, na prática freqüentemente são deixados de lado. De fato, a tese *normativa* desconsidera preocupações de natureza distributiva. Haveria simplesmente a suposição de que sociedades que geram maximização de riqueza, por esta razão, chegariam mais perto dos ideais de justiça distributiva.

Principalmente – mas não somente – por isto, diversos postulados da *Law and Economics* sofreram inúmeras objeções, tendo sido o aspecto *normativo* o ponto mais criticado, por se aproximar de uma concepção instrumental do Direito, como se verá a seguir.

## **1.2. Principais críticas à *Law and Economics***

As propostas da *Law and Economics* sofreram inúmeras críticas, especialmente a de orientação normativa, pejorativamente taxada de utilitarista. Esta transformaria o Direito em instrumento para a busca da eficiência em termos econômicos, ou seja, utilizaria referencial teórico estranho ao pensamento jurídico tradicional.

Ronald DWORKIN, partindo de casos e exemplos, questionou uma série de premissas da análise econômica do direito.<sup>28</sup> Até mesmo o ramo *positivo* – denominado por DWORKIN de descritivo –, que costumava ser incontroverso, não escapou de suas críticas.

Segundo ele, este ramo procura explicar apenas um dos aspectos da conduta humana, no entanto, há vários modos de explicação possíveis. Alguns modos de explicação da conduta são não motivacionais, ou seja, biológicos

---

<sup>28</sup> DWORKIN escreveu dois ensaios que criticam fortemente a análise econômica do direito: “A visão econômica do Direito” e “Por que a eficiência?”. Ainda que não tenha sido o único, foi um dos principais críticos da *law and economics*. Por isto, e tendo em vista que suas críticas abrangem atingem diversos dos postulados da análise econômica do direito, neste tópico será tratado especialmente o seu posicionamento. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo:

(avaliações genéticas, neurológicas) e outros motivacionais. Estes podem ter diversas formas (objetivos, intenções, opiniões, inconsciência, etc). O argumento da análise econômica seria apenas um dos motivacionais, que parte da noção de intenção de maximização de riqueza. Por isso, para DWORKIN, os aspectos descritivos da análise econômica do direito seriam incompletos. Deveriam envolver avaliação causal detalhada e outros fatores intelectuais ou sociológicos.

Isto porque nem sempre os indivíduos reagem às normas jurídicas de maneira econômica. Nem sequer pode-se garantir que as normas influenciam racional e voluntariamente seu comportamento. Os indivíduos podem respeitá-las simplesmente para não serem penalizados, e não porque elas correspondem aos seus interesses. Neste sentido, seria frágil o argumento de que o próprio movimento social determinaria quais as normas eficientes.

Conseqüentemente, se os indivíduos não reagem sempre de maneira econômica e racional, estaria prejudicado o argumento de que as normas fundadas em critérios econômicos seriam reflexos do consentimento social. Nem sempre as escolhas que as pessoas fazem (autonomia) são fruto de consentimento. Por exemplo, se o resultado das escolhas pessoais gera prejuízo, não significa que a pessoa consentiu com o prejuízo. Mesmo que houvesse consentimento, restaria o problema de saber se foi esclarecido e voluntário.

Ademais, segundo DWORKIN, a análise econômica do direito não contempla o consentimento efetivo porque não parte de uma escolha efetiva. Trabalha com a noção de consentimento contrafactual<sup>29</sup>, que para ele seria, na verdade, uma forma de não consentimento já que responde a anseios utilitaristas, e não necessariamente à posição da maioria das pessoas. Para DWORKIN, “Posner parece ser capaz de definir suas condições de escolha contrafactual apenas para chegar aos resultados que quer.”<sup>30</sup>

A suposição de que a maioria das pessoas estaria contemplada por determinada norma que gere a maximização da riqueza desconsideraria a

---

Martins Fontes, 2000, p. 351-434.

<sup>29</sup> O consentimento contrafactual parte do pressuposto de que se algo é do interesse de alguém esta pessoa, se consultada, provavelmente consentiria. Não significa que a pessoa necessariamente consentiu.

<sup>30</sup> DWORKIN, Ronald. Obra citada, p. 419.

diversidade de interesses individuais e trataria de igual modo a satisfação de cada indivíduo.

Do mesmo modo, considerar o maior bem estar coletivo por analogia em relação às preferências individuais não levaria a sério a diferença entre as pessoas. Supor que a generalização das escolhas que os indivíduos fariam, ponderando entre justiça e riqueza individual, poderia orientar as escolhas políticas sociais seria totalmente criticável.<sup>31</sup> Segundo DWORKIN, o fato de um indivíduo “trocar” justiça por bem estar *pessoal* não significa que trocaria justiça por bem estar *social*. Sequer significa que escolheria riqueza individual média por causa dos efeitos da utilidade marginal.

A análise econômica desconsideraria também que as normas nem sempre são escolhidas para orientar comportamentos e que seus efeitos não se limitam aos econômicos.<sup>32</sup> Por exemplo, a demonstração de que a aplicação de determinada pena não produzirá qualquer efeito na prevenção de novos crimes não é argumento para afastar sua aplicabilidade no caso concreto, ainda que esta questão também seja socialmente relevante.<sup>33</sup>

Existem outros valores a serem contemplados pelo ordenamento jurídico, de modo que nem sempre a escolha mais racional é a que leva à maximização da riqueza. Isto porque “o direito está voltado a outros escopos que não, simplesmente, a busca da eficiência alocativa.”<sup>34</sup>

Partindo destas noções as críticas mais incisivas à *Law and Economics*

---

<sup>31</sup> Acrescente-se que a democracia deliberativa busca superar a concepção de democracia segundo a qual as decisões públicas são somatório dos interesses pessoais. Pela democracia deliberativa os cidadãos também são capazes de entendimento, realizando não só ações estratégicas, mas também comunicativas. “[M]uitas vezes as pessoas não se orientam somente por seus interesses pessoais, mas pensam naquilo que corresponde ao interesse público e naquilo que é justo.” SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: Uma Reconstrução Teórica à Luz do Princípio Democrático. In: Celso de Albuquerque Mello; Ricardo Lobo Torres (dir.). *Arquivos de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 46-47.

<sup>32</sup> Suas formulações e postulados tornam-se tão específicos que não abrangem mais a pluralidade das relações sociais. A fórmula de Hand, por exemplo, defende que só poderá ser punido pelo Direito aquele que agiu ineficientemente, gerando um custo. Não explica quando ambas as partes agem de maneira ineficiente (culpa concorrente). Dita fórmula foi proposta pelo juiz Learned Hand no caso *United States versus Carrol Towing Co.*, de 1947. ARRUÑADA, Benito; ANDONOVA, Veneta. Instituições de mercado e competência do Judiciário. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Raquel (org). *Direito & Economia – Análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 211.

<sup>33</sup> FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. Obra citada, p. 45.

<sup>34</sup> FORGIONI, Paula A. Obra citada, p. 433.

concentram-se no padrão de maximização da riqueza social e na noção de distributividade.

### **1.2.1 Crítica à maximização da riqueza social**

Tendo em vista que os interesses e critérios de escolha dos indivíduos são diversos, não haveria como determinar um critério único de riqueza social, de modo que maximizar a riqueza de uns levaria necessariamente a minimizar a de outros. Nestes termos, seria um problema avaliar se os benefícios causados a alguns legitimam os prejuízos eventualmente causados aos demais.

Justificar que determinada opção seria eficiente – e, portanto, justa – por contemplar a maioria desconsideraria a dificuldade de identificar quem seria a maioria que legitima o interesse utilitarista, se a maioria efetivamente existe e se a maioria é efetivamente beneficiada. Em casos controversos, a que o Judiciário está sujeito, isso se torna extremamente difícil.

Esta situação ficaria ainda pior se de um lado estiver a coletividade e de outro um indivíduo. Isto porque não seria uma boa resposta dizer que o grupo econômico ao qual o indivíduo pertence lucra, enquanto ele perde. Não há como dizer a alguém que deve perder para proteger outros de sua classe econômica no futuro, embora a equidade justificasse uma decisão em seu favor se seu caso fosse considerado isoladamente.

Além disto, segundo DWORKIN a maximização não trará necessariamente mais bem estar social ou benefícios em outras áreas não econômicas. Não haveria nada que comprovasse que a maximização refletiria positivamente em toda a sociedade, ou que pelo menos a maioria ficaria em melhores condições. A maximização sob este argumento seria um “alvo falso”, aparentemente bom.

Do mesmo modo, dizer que a maximização da riqueza seria um meio de obtenção de justiça ou de qualquer outro valor, não refletiria a realidade. Esta tese supõe que em todos os casos uma decisão judicial que maximize a riqueza social promoverá o *verdadeiro objetivo*. Desta forma não haveria contraposição nem troca entre riqueza e valor, mas sim reducionismo. A maximização, neste caso, seria

instrumental e causal, ou seja, um “falso objetivo”, o que leva à árdua tarefa de especificar caso a caso qual o objetivo ou valor independente em questão.

Considerando estas questões, nada explicaria por que uma sociedade com mais riqueza, por essa única razão, seria melhor ou estaria em melhores condições. Nem sempre a maximização da riqueza conecta-se à utilidade geral. Pelo contrário, a busca obstinada pela maximização pode ofender uma série de valores ou violar direitos. Por isso DWORKIN é contra não fazer cessar externalidades negativas porque a atividade econômica por detrás delas é promissora. Para ele isto consiste em raciocínio utilitário-normativo, em afirmação instrumental e, portanto, vazia.

A teoria da maximização não aventava a possibilidade de outros meios levarem à maior satisfação social (estruturas políticas e econômicas mais conciliadoras). Desconsidera diversos valores fundamentais e que o bem estar para *todos*, e não simplesmente para *outros*, inclui exigências de distribuição.

Segundo DWORKIN “as decisões que parecem maximizar a riqueza são necessárias, não como decisões instrumentais buscando produzir certo estado de coisas, de riqueza social, utilidade, ou qualquer outra meta de política, mas, antes, como decisões de princípio aplicando uma concepção plausível de equidade. Isto é, poderíamos buscar uma explicação de princípio em vez de uma explicação de política. Tentei, em várias ocasiões, demonstrar por que uma descrição de decisões judiciais fundada em princípio sempre deveria ser preferida a uma fundada na política, por razões normativas e positivas.”<sup>35</sup>

Por tudo o que foi exposto, DWORKIN refuta a maximização da riqueza, conforme proposta pela *Law and Economics*, como critério absoluto de decisão. Para ele seria mais satisfatório se a tomada de decisões fosse fundada em princípios que consideram a responsabilidade social, unindo concepções de equidade e a moralidade privada.

### **1.2.2 Incompatibilidade da *Law and Economics* com a justiça distributiva**

Outro ponto de discussão seria a incompatibilidade da teoria da eficiência

---

<sup>35</sup> DWORKIN, Ronald. Obra citada, p. 397.

com sistemas jurídicos que valoram positivamente a justiça distributiva, como o brasileiro. Ainda que CALABRESI tenha se preocupado, de certa forma, com critérios distributivos, esta não é a regra nas teorias de análise econômica do direito.

Colocar a maximização da riqueza como objetivo fundamental afastando sua efetiva distribuição poderia aumentar o já elevado grau de concentração de riquezas nas sociedades. Neste caso, a norma em questão seria, para parcela da sociedade, ineficiente ou mesmo prejudicial, o que em termos éticos é indesejável.

Para DWORKIN, em nenhum caso seria coerente cambiar justiça e riqueza ou reduzir a justiça a critério de limitação da riqueza social. Ademais, a conciliação entre riqueza e distribuição em busca da utilidade, conforme proposto por CALABRESI, poderia transformar-se em uma “receita”, de modo que nem a riqueza nem a distribuição seriam valorizadas por si mesmas.

A noção de conciliação também seria criticável porque o equilíbrio almejado seria obtido por meio de intuições, ou seja, concepções e interpretações abstratas. Neste sentido a distributividade seria feita de acordo com critérios meritocráticos, que são arbitrários e se afastam das concepções pluralistas de justiça.<sup>36</sup> Isto só seria aceitável se o critério norteador da distribuição não fosse utilitarista, como, por exemplo, a igualdade.

Por outro lado, afirmar que a maximização por si só levaria à distribuição parece depender de algum julgamento de que o Legislativo atuará em cooperação com os tribunais na redistribuição, de modo que produza mais utilidade. Pressupõe que o Legislativo, após a maximização, se encarregaria de criar alguma política de distribuição, para atingir a utilidade total.

Ocorre que os Legislativos não têm estado preocupados em redistribuir. Mesmo que estivessem, segundo DWORKIN, seriam necessários muito mais argumentos para defender a maximização da riqueza dessa maneira. A resposta de que o Legislativo se ocupará da utilidade não é satisfatória. Não basta dizer que seria melhor oferecer ao legislador uma oportunidade de promover a utilidade, mesmo que a oportunidade não seja aproveitada, do que não fazer nada.

---

<sup>36</sup> “A distribuição justa, numa concepção pluralista, será aquela em que o nível médio de bem estar seja razoavelmente alto, em que não haja muita desigualdade, e em que aquilo que as pessoas têm está, pelo menos aproximadamente, relacionado com o afinho com que trabalharam ou quanto



Por fim, a análise da efetividade casuísticamente, perante o Judiciário, poderia tornar o ordenamento jurídico refém das circunstâncias bem como da melhor ou pior qualidade argumentativa dos sujeitos processuais.<sup>37</sup> Nos casos em que se defende a atuação estatal para controle de externalidades, as críticas incidem no sentido de que a eficiência não seria apropriada como critério judicial de decisão.

Segundo KORNHAUSER, “[a]lgumas objecções são puramente institucionais: a tramitação do processo e do recurso, não fornecem ao juiz as informações necessárias para se pronunciar sobre a eficiência relativa das diversas leis. Nem os juízes são competentes para se pronunciarem sobre este problema, mesmo quando lhe são apresentados todos os dados pertinentes. Sobretudo, e fundamentalmente, o fim principal da função judicial não é enunciar normas, mas velar para que as normas elaboradas pelo legislador sejam equitativamente (ou igualmente) aplicadas, e resolver os litígios entre os particulares. Nenhum destes objectivos exige claramente que os juízes respeitem o critério da eficiência, e a aplicação das normas fixadas pelo legislador sugere que eles deverão resolver os litígios mais segundo os critérios impostos pelo legislador do que em função da eficiência.”<sup>38</sup>

As críticas, em geral, são tão incisivas quanto alguns dos postulados da análise econômica do direito. Muitas delas são pertinentes, pois se referem especialmente às importações irrestritas dos métodos econômicos para o mundo do Direito. Quando o Direito deixa de corresponder à realidade é comum que, na tentativa de solucionar esta insuficiência, sejam trazidos métodos de outras ciências (não apenas a econômica). No entanto estas “importações” devem ser feitas com cautela.

Como afirmou FRANCO, “é de advertir também que o sistema jurídico tem fins e valores próprios e autónomos, não reconduzíveis à mera análise econômica, e que tão inadequado seria encará-lo com o idealismo de pendor positivista (que gerou a crise actual do Direito, bem evidente, por exemplo, na nossa produção legislativa, na nossa Administração Pública e nas nossas instituições judiciais),

---

produziram.” Idem, p. 384.

<sup>37</sup> FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. Obra citada, p. 36.

<sup>38</sup> KORNHAUSER, Lewis A.. Obra citada, p. 48. Com todo o respeito à posição do autor, conforme

como cair num oposto materialismo económico, igualmente redutor.”<sup>39</sup>

Neste sentido, FARACO e SANTOS afirmam que “a utilização do instrumental teórico ofertado pela economia na solução de dilemas enfrentados pelos juristas em seu labor cotidiano não só é possível como é necessário, desde que sejam respeitados determinados limites, preservadas as peculiaridades de ambos os campos do conhecimento e com a consciência dos aspectos nocivos de uma eventual subserviência do direito à economia ou vice-versa.”<sup>40</sup>

Para que a interlocução estabelecida entre o Direito e a Economia seja positiva, não deve haver a redução teórica de um campo do conhecimento aos postulados do outro. Não se pode perder de vista que a contribuição da análise econômica ao Direito ocorrerá na medida em que não o reduzir a instrumento gerador de eficiência/utilidade.

Afastando-se a inserção irrefletida e descontextualizada dos critérios econômicos ao Direito e adaptando-os à realidade social, percebe-se que a utilização do instrumental teórico da economia, a despeito de todas as críticas, pode contribuir enormemente com o jurista.

---

será desenvolvido adiante, não se entende que a tarefa dos juízes limita-se à aplicação das leis.

<sup>39</sup> FRANCO, António Souza. Análise económica do Direito: Exercício intelectual ou fonte de ensinamento? *Sub Judice – Justiça e Sociedade. Ideias*. n.º 2, Portugal, jan/abr 1992, p. 64.

## **CAPÍTULO II – RACIONALIDADE ECONÔMICA E O DIREITO BRASILEIRO**

As teorizações da *Law and Economics* voltam-se para o sistema da *common law*, no qual o juiz cria a norma a partir do caso concreto. Servem, portanto, principalmente à orientação dos processos de decisão e criação judiciais, levando os juízes a considerar em sua atuação os diversos aspectos econômicos envolvidos.

No Brasil, diferentemente do sistema norte-americano, o juiz está adstrito à legislação constitucional e infraconstitucional. Por isto alguns postulados da análise econômica do direito – especialmente os aspectos normativos –, conforme propostos por POSNER e seus seguidores, inicialmente não poderiam ser considerados no contexto brasileiro. Aqui, em regra, o processo judicial está voltado para o passado, valora a conduta passada das partes, encaixando-as conforme os parâmetros da legalidade.

Não obstante, a análise econômica do direito pode ser aplicada no Brasil, com algumas ressalvas, inclusive no âmbito do Poder Judiciário – conforme será tratado no último capítulo. Isto porque, ainda que os magistrados estejam vinculados ao ordenamento jurídico, no processo hermenêutico há, em inúmeros casos, verdadeira criação normativa.

A possibilidade de incorporação de aspectos da análise econômica pelo Direito brasileiro, no entanto, não é consenso na doutrina pátria. Muitos criticam radicalmente a utilização de elementos da teoria econômica na análise do Direito, seguindo na linha do que foi defendido por DWORKIN. Por isto, antes de tratar diretamente das contribuições que raciocínio econômico pode trazer ao Direito brasileiro, urge afastar rapidamente algumas possíveis incompatibilidades que poderiam ser levantadas contra a utilização do instrumental econômico pelos juristas.

### **2.1 Racionalidade econômica *versus* racionalidade jurídica**

O raciocínio jurídico diverge fundamentalmente do econômico. Ambas as

---

<sup>40</sup> FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. Obra citada, p. 38.

ciências tentam explicar a razão, o motivo e o sentido das ações humanas, porém sob óticas diferentes, sob tipos-ideais diferentes.<sup>41</sup> Enquanto no campo da Economia as análises são feitas em termos de eficiência ou custo, no campo do Direito são feitas em termos de legalidade.

José Reinaldo de Lima LOPES elencou algumas diferenças essenciais entre ambos os raciocínios, que se concentrariam em seus fundamentos de validade, objetos de análise e dimensões temporais.

Segundo ele, o raciocínio jurídico pressupõe a existência de uma autoridade, que é o que lhe dá validade e possibilita a imposição de sanções. Esta autoridade não deve ser entendida como força bruta, mas como aquilo que dá razão para a ação, do ponto de vista jurídico. Neste sentido, as fontes do Direito poderiam ser entendidas como autoridades porque legitimam a aplicação e imposição do Direito vigente. Diferentemente, na ciência econômica não haveria o argumento da autoridade como razão absoluta. A autoridade seria talvez uma boa razão, que poderia ser facilmente afastada se não compreendesse critérios como custo favorável ou eficiência, por exemplo.<sup>42</sup> No raciocínio econômico prevaleceria o lado prático.

Em relação ao objeto de análise, o raciocínio jurídico toma a ação do *outro* - entendido como um sujeito abstrato, que pode ser identificável ou não - como referência, considerando-o como sujeito e não como objeto da ação. Isto porque o Direito geralmente implica reciprocidade e interpessoalidade. O raciocínio econômico toma o sujeito, agente das ações, isoladamente, independentemente dos outros.

As diferenças mais interessantes seriam as relativas à dimensão temporal das regras. Quaisquer regras, sejam jurídicas ou econômicas, voltam-se para o passado ou para o futuro. Quando se voltam para o passado permitem avaliar ou julgar os fatos ocorridos, sob quaisquer critérios (justiça, eficiência, etc). Quando se voltam para o futuro as regras norteiam, conduzem ou orientam as ações, permitindo fazer planos.

---

<sup>41</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Raciocínio Jurídico e Economia. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 2, n.º 8, out/dez 2004, p. 139.

<sup>42</sup> Idem, p. 142-143.

As regras jurídicas têm com o passado relação de imputação, de julgamento, qualificando o ocorrido em linhas de certo ou errado e conseqüentemente retribuindo ou não os efeitos causados. Isto porque o Direito deve dar uma resposta à sociedade acerca dos fatos e condutas passados, enquadrando-os nos limites do ordenamento jurídico (qualificações jurídicas preexistentes).

As regras econômicas, por outro lado, voltam-se ao passado não para julgá-lo, mas para aprender com ele. O julgamento que a Economia faz dos fatos passados tem o sentido de orientar as ações futuras, no mesmo sentido ou no sentido oposto, conforme os resultados gerados tenham sido positivos ou negativos. O resultado será economicamente positivo, racional, quando, a partir da ponderação adequada dos custos e benefícios econômicos, levando em consideração os efeitos passados, representar a escolha mais eficiente para o futuro.

De certa forma, as normas jurídicas também se voltam para o futuro. Quando são aplicadas, além de julgar os eventos dados mantêm alguma relação com o que se espera, com a finalidade, que geralmente conecta-se a questões éticas e morais. Segundo LOPES, faz parte do cumprimento sensato da regra a avaliação do resultado.<sup>43</sup> Desta forma, na aplicação do Direito não se pode ser indiferente ao fim visado pela norma e ao resultado de sua aplicação. Em muitos casos a própria lei dispõe alguma finalidade específica, obrigando que as decisões sejam fundamentadas considerando tanto os resultados esperados quanto critérios como a eficiência.

Neste ponto, não obstante todas as diferenças acima elencadas, percebe-se uma identificação entre os raciocínios jurídico e econômico. Em regra a eficiência não dá sentido às questões jurídicas por ser estranha à sua natureza. Em certas circunstâncias o custo não pode ser a razão da ação (como no direito do consumidor). Neste sentido as regras jurídicas funcionam como limites e/ou obstáculos à racionalidade de meios e fins para tutelar determinados bens da vida. Em outros casos, no entanto, o custo deve ser considerado pelo Direito, sob pena de inviabilizar qualquer processo de redistribuição e reforma social.

---

<sup>43</sup> Ibidem, p. 146-147.

Na prática, o diálogo entre Direito e Economia pode ser percebido em diversas situações e é extremamente salutar. Alguns exemplos, no campo jurídico, seriam: as obrigações de resultado, que são aquelas em que o resultado da ação (finalidade) é determinante; o direito societário, que freqüentemente baseia-se em raciocínio de custo-benefício; o direito concorrencial (legislação antitruste) que envolve interesse em resultados; e o direito falimentar, que além de considerar questões de custo-benefício envolve um raciocínio de mercado. Até mesmo no Direito de família, na definição de obrigação alimentar, por exemplo, o cálculo de custo-benefício é necessário.<sup>44</sup>

Existem ainda inúmeros outros casos em que a inserção de elementos econômicos pelo Direito é natural e até mesmo intuitiva. Assim, inobstante todas as diferenças estruturais entre Direito e Economia, não seria adequado colocar ambas as ciências em pólos opostos e excludentes, ainda mais se podem juntas trazer inúmeros benefícios sociais.

Como o objeto das decisões dos juristas não são as regras mesmas, mas as relações entre pessoas – que são explicadas e constituídas por muitos saberes que não apenas o Direito, nem mesmo a Economia –, seria “indispensável que os juristas percebessem que o saber de outras disciplinas (economia, contabilidade, etc.) são indispensáveis para sua decisão e não apenas opções sub-ótimas na falta de uma regra processual burocrática.”<sup>45</sup> A opção deve ser feita pela razão que contemple senão todos pelo menos o maior número possível dos valores em questão.

Neste sentido defende-se que o instrumental econômico, além de todas as contribuições que já traz ao Direito, pode e deve ser utilizado mais intensamente pelos juristas, servindo a diversos outros objetivos, que não a simples busca da eficiência alocativa.<sup>46</sup> A análise econômica seria uma ferramenta útil para entender e guiar o desenvolvimento legal de modo a melhorar as condições sociais.

---

<sup>44</sup> Isto porque a obrigação alimentar pode ser revista, sendo suprimida quando for comprovado que não existe mais necessidade pelo alimentado.

<sup>45</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Obra citada, p. 156.

## 2.2 Incorporação de elementos econômicos pelo Direito

Como já foi mencionado, existem, no Direito brasileiro, muitas áreas em que estão presentes elementos econômicos, às vezes de modo tão sutil que chegam a passar despercebidos. Esta incorporação de aspectos econômicos tem sido cada vez mais freqüente, com o passar do tempo.

POSNER teria afirmado que a aplicação da ciência econômica a um grupo cada vez maior de áreas jurídicas, incluindo as que são de imediato tão fundamentais e aparentemente não econômicas, representa o mais importante desenvolvimento do pensamento jurídico recente<sup>47</sup>. Trata-se da utilização de conceitos da Economia neoclássica na compreensão de comportamentos fora do mercado.<sup>48</sup>

De acordo com Roberto FERRAZ, a inserção da lógica econômica em tantos ramos do Direito seria tão intensa que dificultaria a definição dos limites de uma nova disciplina autônoma, qual seja o Direito Econômico.<sup>49</sup> Isto porque na sociedade contemporânea as relações jurídicas em geral são impregnadas de conteúdo econômico. Desta forma, para FERRAZ, não haveria uma “interpretação econômica do Direito”; a própria lógica econômica já estaria inserida na concepção das normas jurídicas. Trata-se da compreensão do Direito num contexto de mercado.

Assim, segundo FERRAZ, as normas de caráter econômico seriam identificáveis por sua “macrológica” e se encontrariam nos mais variados ramos do Direito, não se limitando à instrumentalização da política econômica do Estado ou de regulação pública da atividade econômica. A macrológica consistiria na lógica que envolve os fenômenos macroeconômicos, sendo concebida em função de categorias coletivas, como os consumidores, concorrência, dentre outros. As normas macrológicas apenas teriam em comum, entre si, o raciocínio pelo qual foram desenvolvidas, ou seja, a consideração da realidade individual de maneira agregada.

---

<sup>46</sup> FORGIONI, Paula A. Obra citada, p. 436.

<sup>47</sup> MENDES, Armindo Ribeiro. Obra citada, p. 51.

<sup>48</sup> FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. Obra citada, p. 30.

<sup>49</sup> Neste sentido parte da doutrina jurídica conceberia o Direito Econômico não como um ramo autônomo, mas como um novo espírito jurídico, aplicado a um corpo de regras diversas, tradicionais. FERRAZ, Roberto. A *macrológica* do direito econômico e o processo civil: a lógica diferenciada das ações civis públicas. *Revista de Processo*. Ano 33. n.º 156, fev/2008, p. 360-361.

Na verdade, o fato de haver normas de caráter econômico espalhadas em diversos ramos do Direito não inviabiliza a existência de uma disciplina autônoma de Direito Econômico e não impede que seja feita a análise econômica do direito. Além disto, as normas de caráter econômico não seriam apenas as “macrológicas”. A lógica da generalização dos efeitos das normas jurídicas, que envolve as categorias coletivas, ainda que seja extremamente relevante, limita-se ao aspecto *positivo* da análise econômica. O raciocínio econômico vai muito além.

Conforme afirmou Paula FORGIONI, “quando se pensa em análise econômica do direito imagina-se por vezes que se estará no campo do direito econômico ou comercial ou ainda naquele em que preponderam os modelos econométricos sobre as regras jurídicas. Nada mais enganoso. A análise econômica do direito pretende aferir a maior ou menor eficiência das operações negociais.”<sup>50</sup>

Mais do que isto, FARACO e SANTOS indicam que o instrumental teórico da ciência econômica pode ser útil em três situações: quando o jurista necessita explicitar fatos econômicos constantes no descritivo de certas normas, pelo qual o método econômico apresenta função analítica; quando auxilia na compreensão dos efeitos produzidos por uma norma jurídica na realidade concreta (aspecto positivo); e quando a norma jurídica em questão tem como fundamento de validade sua eficácia, em termos finalísticos (objetivos, diretrizes), o que influenciará também sua interpretação e aplicação.<sup>51</sup>

Pode-se perceber que não são mencionados os aspectos normativos desenvolvidos pela Escola de Chicago. De fato, a doutrina brasileira tende a afastar a aplicação deste postulado máximo da análise econômica do direito, ainda que ele possa ser um poderoso instrumento para a implementação das políticas públicas consideradas convenientes/oportunas e auxilie na melhor compreensão da realidade.<sup>52</sup>

O impedimento de adotar o raciocínio normativista é o fato de o ordenamento jurídico brasileiro portar determinados valores e princípios jurídicos que não podem ser ignorados no processo de criação dos textos normativos, ainda

---

<sup>50</sup> FORGIONI, Paula A.. Obra citada, p. 441.

<sup>51</sup> FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. Obra citada, p. 43-44.

<sup>52</sup> FORGIONI, Paula A.. Obra citada, p. 435.



que não sejam convenientes ou oportunos conforme a lógica de mercado. O legislador brasileiro, na produção normativa, está muito mais voltado a resolver os problemas latentes e tomar medidas imediatas do que a orientar comportamentos eficientes, cujos efeitos geralmente não são percebidos em um curto espaço de tempo.

O papel do Direito, na realidade brasileira, é também subjugar os determinismos econômicos, pois “muitas das regras que seriam tidas como *ineficientes* do ponto de vista do mercado existem, valem e são eficazes” além de serem necessárias para o contexto social. Neste sentido, utilizar a teoria econômica para prescrever o conteúdo das normas seria “incompatível com os princípios insculpidos na Constituição do Brasil.”<sup>53</sup>

Desta forma, são especialmente o aspecto da validade finalística das normas, indicado por FARACO e SANTOS, e o aspecto *positivo* os que mais contribuem com o Direito brasileiro, de modo a permitir algum progresso social.

### **2.3 Contribuições da análise econômica: o aspecto positivo e a eficiência**

A análise econômica, como foi dito, teve grande importância na superação da visão unidimensional do Direito, que permitiu que se ultrapassasse o campo científico-positivo, abrindo cada vez mais espaço a valores substanciais (justiça, utilidade, dentre outros) e às necessidades de adequação e efetividade social.<sup>54</sup> Dita superação das categorias jurídicas abstratas e absolutas aproximou o Direito da realidade concreta.

A ciência econômica contribuiu consideravelmente com seu raciocínio de incluir de forma explícita o elemento da *escolha racional*, o que ultrapassa critérios econômico-financeiros. A *ratio* econômica envolve juízos de custo-benefício em que nem sempre o “preço” em questão se reduz à expressão monetária de algo. Nem sempre a escolha racional voltada à maximização da utilidade, sob o ponto de vista da análise econômica, envolve movimentação pecuniária. O conceito de utilidade pode envolver outros valores. Por isto esta racionalidade pode ser aplicada ao Direito inclusive nas esferas em que não há questão patrimonial diretamente

---

<sup>53</sup> Idem, p. 439.

envolvida, como já vem acontecendo.<sup>55</sup>

A razão econômica abrange, conforme já mencionado, a análise dos aspectos positivos e a compreensão de que as normas devem atingir os objetivos propostos, sob pena de não contemplarem os anseios sociais. Este último ponto é extremamente relevante, porque vincula o intérprete aos fins definidos na norma e o obriga a considerar o meio hermenêutico que melhor corresponda à sua obtenção. Admite que as normas, além de serem validadas condicionalmente (respeitadas as condições formais de validade), podem ser validadas finalisticamente (atingidos os fins previstos).

Tradicionalmente, sob o domínio do direito liberal, era o sistema político que se encarregava de decisões finalísticas, enquanto o sistema jurídico limitava-se às decisões condicionadas. Desta forma, as regras que se ocupavam da partilha dos bens comuns ou escassos (justiça distributiva) eram políticas, e as que se aplicavam à troca de bens ou mercadorias (justiça comutativa) eram jurídicas. Havia clara distinção entre as duas esferas.

Grosso modo, os interesses sociais (interesse público) estavam alheios à proteção judicial. Os direitos individuais – especialmente de propriedade – é que poderiam ser tutelados jurisdicionalmente. No século XX este contexto começou a mudar, com o constitucionalismo social que viabilizou disputas jurídicas de questões de direito distributivo. Aos poucos o Judiciário foi tentando se adequar, considerando as questões coletivas e introduzindo a racionalidade finalista nas decisões.

Esta preocupação com o futuro (interpretação *finalista* das regras) pode até mesmo legitimar, em determinadas circunstâncias, o descumprimento das regras, quando estiver de acordo com o objetivo final.<sup>56</sup> Conecta-se ao aspecto positivo mencionado, que FERRAZ indicou como a “macrológica”, na medida em

---

<sup>54</sup> FRANCO, António Souza. Obra citada, p. 64.

<sup>55</sup> Como exemplo, além dos citados, pode-se indicar os inúmeros trabalhos acerca da análise econômica do crime. Veja-se: RODRIGUES, Vasco. Obra citada, p. 205-239.

<sup>56</sup> Neste sentido LOPES cita o exemplo clássico de Tomás de Aquino na Suma de Teologia: “é obrigatório fechar os portões da cidade a tal hora da noite. A obrigação *explica-se* por um resultado que se quer alcançar: a *segurança dos habitantes*. Mas pode acontecer que algum cidadão fique fechado do lado de fora dos portões e ali se veja exposto a ladrões e bandidos ou inimigos. Deve-se, então, abrir as portas, pois o fim visado pela norma (salvar as vidas) poderá ser cumprido (salvar aquele cidadão, sem expor os outros) pela desobediência aparente.” LOPES, José Reinaldo de Lima. Obra citada, p. 146.

que a análise de relações de causalidade e a generalização dos efeitos da norma podem auxiliar, em alguns casos, a efetivação do fim visado.

Mais do que isto, muitas vezes apenas a partir da generalização de determinadas situações, considerando o comportamento de um conjunto de indivíduos, se consegue obter a eficiência almejada. Não analisar os efeitos gerais de determinados fatos de proporções coletivas pode gerar consequências indesejáveis.

O aspecto positivo permite a visualização dos efeitos que uma decisão, uma norma ou determinada forma de aplicação da norma, poderá ter na sociedade, relacionando as diversas variáveis que são afetadas por esses eventos. Identifica-se o significado que determinado fato pode ter em uma escala geral, partindo do raciocínio de relações de causalidade. Daí o caráter de abstração deste aspecto da lógica econômica. Desta forma se avalia se os efeitos produzidos correspondem aos objetivos políticos em questão.<sup>57</sup>

Ao fazer a generalização podem ser legitimadas decisões que sob o aspecto meramente individual não seriam razoáveis. A “macrológica” e a lógica jurídica tradicional envolvem questões de justiça coletiva e justiça individual que por vezes, quando aplicadas aos mesmos fatos, entram em conflito. Geralmente, nos conflitos, os fundamentos que justificam as demandas individuais e coletivas são os mesmos; o que difere são os interesses em jogo.<sup>58</sup> A justiça de uma ou outra categoria não é maior nem menor que a outra, é apenas diferente.

Neste ponto pode-se dizer que a lógica econômica conflita com a mentalidade jurídica tradicional. A análise econômica não tem objetivos moralizadores ou educativos. Não se ocupa da justiça e da equidade, mas da racionalidade e eficiência. Objetiva minimizar o custo (sentido amplo) de decisões judiciais erradas e o custo de funcionamento do próprio sistema processual, ao identificar e quantificar o impacto social causado por determinada norma ou interpretação jurídica.<sup>59</sup>

No entanto, o fato de a lógica econômica ser fundamentalmente diferente

---

<sup>57</sup> FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. Obra citada, p. 45.

<sup>58</sup> FERRAZ, Roberto. Obra citada, p. 371.

<sup>59</sup> MENDES, Armino Ribeiro. Obra citada, p. 52-54.

da jurídica não pode impedir que haja interlocução entre as duas ciências. Tanto em termos de custo-benefício quanto em termos de legalidade, trata-se apenas de um dos sentidos possíveis da razão. Por isto a opção irrestrita por algum deles pode consistir em uma tomada de posição moral, que considerará irracional qualquer ação que extrapole o sentido proposto e desqualificará outros motivos para a ação.<sup>60</sup>

Como já foi dito, não se trata de subordinar o Direito a um critério de eficiência “mas de compreender que, em alguns casos, a não percepção de aspectos que podem ser formalizados e compreendidos a partir da teoria econômica, acaba por levar a um resultado hermenêutico incompatível com o que dispunha a norma ou incapaz de realmente equacionar o conflito social considerado.”<sup>61</sup>

De acordo com FORGIONI, “o operador do direito, ao se deparar com a AED [análise econômica do direito] e com seus postulados, não pode ser movido nem pela paranóia nem pela mistificação: a relação entre o método jurídico e o método jus-econômico deve ser de *complementaridade e não de substituição ou oposição*.”<sup>62</sup>

Desta forma, entende-se a eficiência como um valor autônomo, *inspirador* do Direito. O método econômico apresenta uma função analítica que permite que, caso a caso, seja defendida ou afastada a intervenção estatal, aproximando-se, portanto, da tendência de ponderação normativa ou jurisprudencial para obter soluções adequadas *in concreto*, sem desconsiderar parâmetros axiológicos.

A ponderação garante que sejam considerados todos os valores em jogo, econômicos ou extra-econômicos, e que a opção seja feita pela solução que aparentemente tenha maior importância prática e se coadune com a realidade e as necessidades sociais. Permite que, na seara jurídica, a utilidade não exclua a justiça e nem vice-versa. Permite que ambas se complementem.

Muitas vezes, no entanto, os objetivos em questão são potencialmente contraditórios, não podendo ser perseguidos simultaneamente sem que haja avaliação de custos a serem distribuídos em diferentes proporções. Aí está a grande

---

<sup>60</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Obra citada, p. 144.

<sup>61</sup> FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. Obra citada, p. 47.

<sup>62</sup> FORGIONI, Paula A.. Obra citada, p. 441.

dificuldade que surge ao intérprete. Em função dos diferentes graus de complexidade das relações sociais, fica a árdua tarefa da identificação das condições em que se deve optar por um ou outro critério. Esta opção ocorre tanto em na seara legislativa quanto jurisdicional.

No âmbito jurisdicional, ainda que a legislação indique o caminho a ser seguido, continua sendo difícil definir em benefício de quem será feito um sacrifício a outrem. Isto porque a lei não pode, pela sua própria natureza de regra (ou seja, de imperativo abstrato e universal) dizer qual a solução para cada caso. Muitos princípios constitucionais fundamentais contrapõem-se, dificultando ainda mais esta tarefa. Por isto o Judiciário tem se deparado com inúmeros problemas institucionais, especialmente quando é chamado a lidar com questões de justiça distributiva. Especificamente a questão jurisdicional será desenvolvida a seguir.

## CAPÍTULO III - ATUAÇÃO JUDICIAL NO BRASIL

### 3.1 Bases teóricas para uma atuação mais efetiva do Poder Judiciário

É extremamente recente a possibilidade de o Poder Judiciário, no sistema jurídico brasileiro, valer-se de elementos externos ao Direito na tomada de decisões, com vistas a atingir de maneira mais eficaz os fins sociais, ponderando os diversos interesses em jogo.

Até meados do século XX o magistrado brasileiro estava limitado à legislação, devendo agir estritamente nos limites da legalidade e resumindo-se a mero aplicador da lei. Além disto, não tinha liberdade de fazer nenhum juízo de efetividade da norma aplicável ao caso concreto, de modo que ainda que a decisão juridicamente adequada fosse injusta ou não provocasse o efeito social esperado, deveria ser feita.

Este contexto mudou especialmente com o advento do Estado social e com a superação do “império” da legalidade, de modo que passou a ser possível ao magistrado brasileiro o desenvolvimento de uma hermenêutica mais intensa, capaz de adequar a normativa aplicável caso a caso aos valores fundamentais consubstanciados no ordenamento jurídico.

Dois processos, em especial, possibilitaram uma atuação mais efetiva do Poder Judiciário na concretização do Direito: a superação do positivismo jurídico e a doutrina da efetividade.

#### 3.1.1 Superação do positivismo jurídico

Até pouco tempo atrás, como foi dito, não era possível a “criação” do Direito pelo Judiciário na resolução dos casos concretos. Ao juiz não cabia interpretar a lei. A legitimidade das decisões consistia na observância estrita da legalidade, pois apenas assim estariam garantidas a justiça e a segurança e previsibilidade jurídicas.<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup> Essa segurança, como bem destacou Marcos Maselli GOUVÊA, não era das pessoas que recorriam ao Judiciário, mas: do juiz, que não tinha de *julgar*, mas sim de operar comodamente subsunções; do Ministério Público, relegado à função de fiscal estático da aplicação automática da lei pelo juiz e; dos mais afortunados, que teriam possibilidade maior de suportar as delongas do processo. GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas – Novas*

Formalismo e positivismo são as marcas que caracterizam metodologicamente o pensamento jurídico moderno. Suas construções são apoiadas sobre um discurso abstrato, baseado na recusa de quaisquer interferências metafísicas no Direito. O normativismo, que permitiu a estruturação do Estado de Direito como “Estado da lei” – no qual só a lei comanda e governa –, “repudia não apenas o arbítrio dos homens, mas também as necessidades contingentes, decorrentes de situações que se modificam sem cessar.”<sup>64</sup>

Os positivistas preocupavam-se exclusivamente com a estrutura lógica das normas. Acreditavam que as leis, por si, já dariam conta de resolver todos os problemas sociais. Não admitiam, portanto, a existência de lacunas no Direito, não obstante estas ocorressem. Reconheciam apenas às leis o caráter de norma jurídica, de modo que os princípios eram, de certa forma, inutilizados.

Aos poucos este raciocínio lógico-racional, justamente por ser afastado da realidade concreta<sup>65</sup>, passou a ser insuficiente para explicar o Direito, já que este, além de ser produto histórico e cultural, abrange uma série de relações sociais complexas e dinâmicas e não se restringe às leis. O positivismo jurídico não conseguia apresentar soluções materiais para as lacunas do Direito, cada vez mais freqüentes, e encontrava dificuldades insuperáveis para explicar os chamados “conceitos indeterminados” e as proposições jurídicas carentes de preenchimento com valorações. Como não admitia que os princípios fossem dotados de normatividade, estas questões eram resolvidas pela discricionariedade – entenda-se, arbítrio – dos juízes.<sup>66</sup>

Estes déficits, juntamente com o incremento do Estado social, contribuíram para a “crise”<sup>67</sup> do Direito e para a superação do positivismo jurídico,

---

*Perspectivas de Implementação dos Direitos Prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 273-274.

<sup>64</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 16.

<sup>65</sup> A teoria jurídica formal seria concebida como um sistema fechado, atemporal e inespacial. Idem, p. 29.

<sup>66</sup> Esta última questão levava a uma falha grave no próprio raciocínio positivo, pois negar aos princípios jurídicos o caráter de norma seria admitir que o sistema normativo estaria integrado por *não-normas*, ou que o sistema poderia ser operacionalizado mediante a consideração de elementos externos a ele. Ibidem, p. 26.

<sup>67</sup> Egon Bockmann MOREIRA, tratando especificamente das transformações do Direito Público, questiona se seria possível falar em *crise* num Direito cuja principal característica é ser “contingente e

haja vista a insuficiência da lei em dar conta sozinha dos problemas sociais.<sup>68</sup> A lei não serviria mais “nem a seu escopo pragmático, que é o de orientar comportamentos socialmente úteis, nem, muito menos, à sua finalidade ética, que é a de servir à realização da justiça nas relações humanas. (...) [A] **lei** foi perdendo seu elo histórico com a **legitimidade** (...), remanescendo apenas com seu apanágio formal da **legalidade**.”<sup>69</sup>

A própria concepção do que seria o Direito começou a mudar, de modo que sua descrição apenas como sistema de normas seria parcial e incompleta. Segundo Eros GRAU, o Direito não é apenas lei, “é vocábulo que conota [i] *norma*, [ii] *decisão* e [iii] *ordenamento e estrutura*.”<sup>70</sup> Para ele a lei resume-se ao Direito *posto*, estabelecido pelo Estado. O Direito poderia ser mais adequadamente compreendido como um sistema de normas aberto, integrado por uma ordem teleológica de princípios gerais de Direito que conferem unidade ao sistema, ou seja, como o Direito *pressuposto* (na seara do “dever ser”).

A legitimidade do Direito passou a ser compreendida, portanto, na ordem jurídica como um todo, a partir das raízes principiológicas da ciência do Direito e a partir do desenvolvimento da jurisprudência e da doutrina. “Uma legitimação simultaneamente pragmática e ética: pela interpretação **justa** aplicada à solução das contendas judiciais, produzida pela jurisprudência – o direito dos tribunais (*Gerichtshofenrechts*), e pela fundamentação **científica** da principiologia e da dogmática jurídica, produzida pela doutrina – o direito dos juristas (*Juristenrechts*).”<sup>71</sup>

Desta forma, o Direito passou a ter novas expressões dinâmicas e novas fontes de legitimação operativa. A interpretação e aplicação normativas não seriam mais reduzidas a uma dimensão meramente cognitiva, mas abrangeriam as

---

cambiante”. “De nada adianta falar em ‘crise’ do Direito Público e de sua contingência, se em verdade esta é a sua estrutura atual.” MOREIRA, Egon Bockmann. Desenvolvimento econômico, políticas públicas e pessoas privadas (passado, presente e futuro de uma perene transformação). *Revista de Direito do Estado – RDE*. Rio de Janeiro: Renovar, n.º 10, abr/jun 2008, p. 197.

<sup>68</sup> De acordo com Eros GRAU, o “Estado social legitima-se, antes de tudo, pela realização de políticas, isto é, programas de ação; assim, o *government by policies* substitui o *government by law*.” O “Estado da Lei” serviria mais especificamente aos interesses do liberalismo individualista. Ibidem, p. 22.

<sup>69</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Políticas Públicas e Parcerias – Juridicidade, Flexibilidade Negocial e Tipicidade na Administração Consensual. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, ano XXIII, n.º 7, jul/2007, p. 770.

<sup>70</sup> GRAU, Eros Roberto. Obra citada, p. 16.



concepções temporais e espaciais bem como a pluralidade dos sujeitos destinatários das normas. A lei continuou sendo fonte de legalidade, mas não mais única referência de legitimidade. O Direito não abdicou de sua dimensão formal, apenas passou-se a ter consciência de que as categorias formais voltam-se a uma realidade concreta.<sup>72</sup>

Uma das consequências diretas dessa retomada da razão prática na metodologia jurídica, foi que determinadas normas, por conta de sua centralidade axiológica, passaram a ter posição privilegiada no ordenamento jurídico. Em virtude disto, a legalidade formal foi substituída por uma “legalidade diferente”, que leva plenamente em consideração e articula os dois ordenamentos modernos, o dos Códigos e o constitucional, sendo que esse segundo, por expressar os valores fundamentais da sociedade, começou a prevalecer.<sup>73</sup>

Neste contexto, os juristas de um modo geral, incluindo os representantes do Poder Judiciário, passaram a ter mais liberdade em sua atuação. Assumiram a função de intérpretes das leis, fundamentalmente à luz dos princípios gerais constitucionais, que passaram a orientar todo o ordenamento jurídico.

A ascensão dos princípios constitucionais e a fundamentalidade destes preceitos, bem como a maior discricionariedade agora permitida aos juízes, geraram a preocupação com o cumprimento da Constituição e com a realização prática dos comandos nela contidos.

Em função disto, começaram a emergir as doutrinas do princípio da efetividade e do acesso à justiça, as quais, ultrapassando o discurso jurídico fundado na eficácia formal de normas e atos, passaram a aferir se os atos jurídicos efetivamente produzem satisfatoriamente os efeitos que deveriam e que meios

---

<sup>71</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Obra citada, p. 770.

<sup>72</sup> Nesse sentido GROSSI afirma que não houve um rompimento total com a normatividade e a positividade, mas uma aproximação entre o momento normativo e o momento da interpretação-aplicação, de modo que este passaria a ser dominante. Em suas palavras “[a] exigência é uma e somente uma: retirar a lei do papel autoritário e socialmente insuportável que a idade burguesa lhe concedeu. Somente um louco poderia pensar em prescindir da presença de normas imperativas gerais ou mesmo de Códigos.” GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 98.

<sup>73</sup> Começaram a se multiplicar os estudos sobre o fim da dicotomia público-privado, constitucionalização do Direito privado e/ou privatização do Direito público. O surgimento das cláusulas gerais – como a boa-fé – na recente codificação civil também deu maior abertura ao sistema jurídico.

poderiam ser mobilizados para a plena obtenção dos objetivos da Constituição.

### 3.1.2 A doutrina da efetividade

A Constituição sempre foi vista como um documento essencialmente político, de modo que suas ordens não eram dotadas de normatividade. Pouco a pouco os princípios foram conquistando o *status* de norma jurídica e superando a crença de que sua dimensão seria puramente valorativa, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata.<sup>74</sup>

A doutrina da efetividade – que se desenvolveu e foi sistematizada no período que antecedeu a convocação da Assembléia Constituinte que elaborou a Constituição de 1988 – teve papel fundamental nesta evolução, se alinhando com as necessidades de redemocratização, garantia dos direitos humanos e fim da “insinceridade normativa”<sup>75</sup>, aclamadas pela sociedade brasileira no período pós ditadura militar.

Segundo Luís Roberto BARROSO, o movimento pela efetividade promoveu três mudanças de paradigma na teoria e na prática do Direito constitucional no país: “[n]o plano *jurídico*, atribuiu normatividade plena à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações. Do ponto de vista *científico* ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto *institucional*, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais.”<sup>76</sup>

A atribuição de normatividade plena à Constituição, paradoxalmente, ocorreu paralelamente à superação do positivismo jurídico (mencionado no tópico

---

<sup>74</sup> Nesta época foram desenvolvidos diversos trabalhos tratando das diferenças entre normas e princípios e das diversas tipologias da norma constitucional. Alguns dos mais fundamentais para o âmbito do Direito constitucional foram o de Ronald DWORKIN, *Taking rights seriously* (1977), o de Robert ALEXI, *Theorie der Grundrechte* (1986) e, no Brasil, o de José Afonso da SILVA, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais* (1967).

<sup>75</sup> No período da ditadura havia “uma insinceridade normativa, onde os enunciados constitucionais freqüentemente assumiam formas lapidares para serem em seguida solapados ou esvaziados por outras regras. AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 9.

<sup>76</sup> BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: \_\_\_\_\_. *Temas de Direito*

anterior). No entanto ambos os movimentos são apenas aparentemente contrapostos; na verdade eles são complementares. Isto porque o positivismo de que se valeu a doutrina constitucional não importava em *reduzir* o Direito à norma, mas sim em *elevá-lo* a esta condição, pois até então ele não tinha força normativa alguma.<sup>77</sup> Difere, portanto, do clássico positivismo jurídico. Além disto, inicialmente a ascensão dos princípios constitucionais foi concebida para auxiliar na interpretação e aplicação das próprias regras jurídicas.

A tese da força normativa da Constituição – que busca operar uma síntese do ponto de vista normativista (Constituição como norma) e do ponto de vista sociológico (Constituição como fato social) – impulsionou o movimento da efetividade.<sup>78</sup> Permitiu que o constitucionalismo brasileiro partisse para a defesa da consagração das ordens constitucionais, servindo-se, para tanto, de um critério formalista: “se está na Constituição é para ser cumprido.”<sup>79</sup>

Desta forma, não seria mais necessário haver regulamentação das normas constitucionais para que estas tivessem aplicabilidade. O caráter das normas constitucionais deixou de ser puramente sociológico ou político. Nesse sentido os princípios constitucionais assumiram grande relevância, tanto político-normativa quanto metodológica, de modo que se pode dizer que houve uma alteração na hierarquia tradicional das fontes do Direito: os princípios deixaram de ser fontes subsidiárias e passam a ser entendidos como fontes de alta dignidade normativa.<sup>80</sup>

Em síntese, pela doutrina da efetividade todas as normas constitucionais são normas jurídicas dotadas de eficácia e veiculadoras de comandos imperativos. Conseqüência disto foi que em menos de uma geração o Direito constitucional brasileiro passou da não importância ao apogeu, tornando-se o centro formal, material e axiológico do sistema jurídico.

---

*Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 76.

<sup>77</sup> Idem, p. 76-77.

<sup>78</sup> A idéia de efetividade, ou eficácia social da norma, é diferente da simples eficácia (capacidade de produzir efeitos). A efetividade expressa o cumprimento da norma, o fato real de ela ser aplicada e observada. Significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Simboliza a aproximação entre o *dever ser* normativo e o *ser* da realidade social. Ibidem, p. 71.

<sup>79</sup> Ibidem, p. 77.

<sup>80</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Obra citada.

O problema é que a Constituição, “mais que compromissória, analítica e dirigente, é casuística e prolixa.” Nela muitos “direitos” estão garantidos, fornecendo, assim, farto material para os pleitos de “plena eficácia.”<sup>81</sup> Conseqüentemente, a Administração e o Legislativo não conseguiram dar conta da efetivação de todos os preceitos constitucionais, o que levou à exigência de atuação mais intensa do Poder Judiciário. Isto porque de alguma forma os preceitos constitucionais deveriam ser concretizados; dada a omissão ou descaso dos poderes competentes, restava ao Judiciário, caso a caso, garantir a efetividade da Constituição.

Pelas doutrinas do acesso à justiça, “[o] direito de ação, as ações constitucionais e infraconstitucionais constituem as garantias jurídicas dos direitos constitucionais e os principais institutos de efetivação das normas constitucionais quando não cumpridas espontaneamente. (...) O Poder Judiciário, como conseqüência, passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição.”<sup>82</sup>

A nova hermenêutica constitucional envolve necessariamente atividade judicial construtiva. Segundo Eros GRAU, o jurista não pode se limitar nem a mero expositor da lei e sequer a simplesmente interpretá-la; deve estar preocupado em *transformar* o Direito.<sup>83</sup> No mesmo sentido, para Gustavo AMARAL a “Constituição de 1988 reclama um judiciário vinculado às diretivas e às diretrizes materiais da Constituição, um judiciário ativista, voltado para a plena realização dos comandos constitucionais e para *compensar as desigualdades e o descuido da sociedade brasileira para com a dignidade da pessoa humana* (...).”<sup>84</sup>

Esta última idéia – em destaque – passou a ser cada vez mais defendida pela doutrina da efetividade. Isso acabou alterando a concepção do próprio Judiciário acerca de seu papel, de modo que de agentes efetivos do processo de produção do Direito os juízes passaram rapidamente à função de promotores de justiça social.

Os valores constitucionais fundamentais – especialmente a dignidade da

---

<sup>81</sup> AMARAL, Gustavo. Obra citada, p. 15.

<sup>82</sup> BARROSO, Luís Roberto. Obra citada, p. 74-75.

<sup>83</sup> Não obstante, o autor admite que a interpretação possa conduzir à transformação desejada. GRAU, Eros Roberto. Obra citada, p. 16.

<sup>84</sup> Sem destaque no original. AMARAL, Gustavo. Obra citada, p. 17.

pessoa humana – alçados à categoria de pressupostos legitimadores da ordem jurídica passaram a fundamentar diversas decisões judiciais em garantia de “direitos prestacionais” – que exigem alguma prestação positiva, um fazer, e não uma abstenção –, especialmente em face do Estado.<sup>85</sup> Reflexo disto foi que as ações judiciais com estes tipos de demandas multiplicaram-se e continuam cada vez mais numerosas.

A benevolência do Judiciário com este tipo de pretensões incluiu na pauta dos debates jurídicos expressões como “decisionismo”, “ativismo judicial” ou “judicialização da política”, bem como as preocupações com as consequências desta postura judicial.

## **3.2 Contexto da atuação ativa do Poder Judiciário**

### **3.2.1 O “novo” papel dos magistrados**

A percepção de que o Direito não se resume às leis, não devendo ser meramente aplicado, mas construído, e a recente “descoberta” do princípio da supremacia da Constituição legitimaram a maior liberdade e discricionariedade nos processos decisórios judiciais. Além de ser legítima esta postura é, na maioria dos casos, benéfica, pois permite que o Direito material se alinhe com a realidade social e dê respostas mais satisfatórias aos casos concretos, independentemente de mediação legislativa.

Além dos fatores teóricos destacados, existe um fator material que também ajuda a explicar e justificar a atividade mais efetiva do Poder Judiciário pós 1988: a multiplicação das demandas judiciais acerca de direitos fundamentais constitucionais. Isso ocorreu principalmente porque a Constituição garantiu aos indivíduos uma série de direitos sociais e os meios para concretizá-los, fazendo com que os juízes passassem a enfrentar questões novas, mais complexas, e que ultrapassam os limites dos conflitos particulares (justiça comutativa).

O Judiciário começou a lidar com conflitos envolvendo os novos direitos

---

<sup>85</sup> “Sob o argumento de uma tópica *a priori* e não do caso concreto, os argumentos e comandos constitucionais que poderiam parecer empecilho, “cedem lugar” a valores supostamente mais elevados.” Idem, p. 18

sociais – muitos dos quais tratam de exigências de políticas públicas – e conflitos envolvendo a efetiva aplicação dos antigos direitos, predominantemente individuais, em novos contextos. Outra novidade foi que os juízes começaram a se deparar com os conflitos coletivos, tanto para tutela de direitos propriamente coletivos, quanto de direitos individuais homogêneos, ou seja, conflitos individuais, entre partes perfeitamente delimitadas, mas que são repetitivos, de modo que a solução de um caso antecipa a de outros semelhantes.<sup>86</sup> Em outras palavras, o Judiciário começou a tratar de demandas de justiça dinâmica<sup>87</sup> e demandas de justiça distributiva.

Este contexto contribuiu para a mudança do papel do Judiciário na sociedade e, com isto, desmistificou de vez algumas questões. Inicialmente, afastou-se definitivamente a idéia de que os juízes seriam neutros na tomada de decisões. De fato, não há como o juiz abstrair suas convicções pessoais, suas crenças e sua percepção da realidade, em sua atuação. Não se nega mais que o magistrado possui seu ponto de vista particular, compreensivo, que será determinante em sua argumentação prática. Pelo contrário, os próprios magistrados acreditam que não devem ser neutros, o que converge com a perspectiva de que também têm o dever de promover a justiça social.

Por isso, na prática, a não neutralidade dos magistrados significa que eles se preocupam predominantemente com os segmentos sociais menos privilegiados da população.<sup>88</sup> Nesse sentido a não neutralidade assemelha-se à politização, que também resulta “da tentativa de alguns magistrados de favorecer certos grupos sociais vistos como a parte mais fraca nas disputas levadas aos tribunais”, de modo

---

<sup>86</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais – Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2006, p. 121.

<sup>87</sup> A justiça dinâmica “é o processo pelo qual normas e regras sociais e políticas (validamente) existentes são testadas, questionadas e invalidadas e, simultaneamente, normas e regras sócio-políticas alternativas são validadas.” Isso só pode ser feito judicialmente na esfera da discussão da constitucionalidade de leis, atos e programas. HELLER, Agnes. *Beyond Justice*. Oxford: Basil Blackwell, 1991, apud Idem, p. 121.

<sup>88</sup> De acordo com pesquisa realizada por Armando Castelar PINHEIRO, os próprios magistrados acreditam que não podem ser meros aplicadores das leis, mas devem participar efetivamente do processo de produção do Direito. Os juízes entendem que devem ser sensíveis aos problemas sociais e interpretar as leis de modo a aproximá-las dos processos sociais substantivos, influenciando na mudança social. PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil. In: Decio Zylbersztajn; Raquel Sztajn (orgs.). *Direito & Economia – Análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 248-249.

a reduzir as desigualdades sociais.<sup>89</sup> Esta postura do Judiciário se alinha com a doutrina da efetividade e com o caráter progressista da Constituição de 1988.

Admitir que o Judiciário atue desta maneira, é permitir que este poder interfira na esfera dos demais o que, a princípio, não seria legítimo por violar a garantia da separação dos poderes. No entanto esta questão também tem sido afastada pela prática jurisprudencial e por grande parte da doutrina. Não se repudia mais o caráter eminentemente político de determinadas decisões judiciais, mesmo porque o Judiciário possui agora a prerrogativa de concretizar os direitos fundamentais quando há inércia dos demais ramos do Estado nessa tarefa.<sup>90</sup>

Sequer pode-se afirmar unanimemente que a atuação política do Judiciário seria antidemocrática. Para parte da doutrina, agindo assim o Judiciário está protegendo a própria democracia. Conforme Cláudio Pereira de SOUZA NETO “o judiciário, quando concretiza determinados direitos sociais, atua justamente no sentido da promoção das condições procedimentais da democracia.” Mais adiante o autor reforça este entendimento, afirmando que “se o judiciário tem legitimidade para invalidar normas produzidas pelo Poder Legislativo, mais facilmente pode se afirmar que é igualmente legítimo para agir diante da inércia dos demais poderes, quando essa inércia implicar um óbice ao funcionamento regular da vida democrática.”<sup>91</sup>

Trata-se não mais de um conflito, mas de uma confusão entre as esferas política e jurídica, que geram dois fenômenos distintos, porém conexos: a “judicialização” do conflito político e a “politização” do Judiciário. O primeiro consistiria na tendência dos poderes políticos transferirem para o Judiciário disputas de caráter eminente político, que não são resolvidas nas esferas apropriadas. A “politização” das decisões judiciais, que acontece com maior frequência, resultaria do posicionamento dos próprios juízes (não neutralidade).<sup>92</sup>

Pois bem. Admitir que o Judiciário em sua atividade hermenêutica pode interferir na esfera dos outros poderes e pode agir de maneira a favorecer

---

<sup>89</sup> Idem, p. 280.

<sup>90</sup> Ainda não há, no entanto, consenso sobre estas questões. A Administração pública, especialmente a Fazenda Pública, tende a deslegitimar a interferência do Judiciário nas políticas estatais, por ofensa à separação de poderes e porque não caberia ao Judiciário controlar critérios de conveniência e oportunidade.

<sup>91</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Obra citada, p. 42-52.

<sup>92</sup> PINHEIRO, Armando Castelar. Obra citada, p. 262.

determinados grupos sociais será favorável até certo ponto, ou seja, dentro de certos limites. O grande problema é que a Constituição determina a concretização dos direitos mas não orienta de que forma isto deve acontecer. A inexperiência do Judiciário para lidar com estas novas demandas se agrava pelo fato de a sociedade contemporânea ser plural, complexa e multicultural, sendo inviável um consenso generalizado sobre o conteúdo das normas jurídicas e dos fins que devem ser perseguidos. Frequentemente direitos igualmente fundamentais entram em conflito, colocando os juízes em situações extremamente difíceis.

Dada a insuficiência de critérios formais para determinar a direção que as decisões judiciais devem seguir, bem como a inexistência de um critério de controle da razoabilidade da aplicação das normas constitucionais ao caso concreto “a vagueza e a indeterminação intrínsecas aos valores tendem a exacerbar o grau de insegurança na jurisdição constitucional, gerando um déficit de racionalidade, e abrindo margem para um autoritarismo judicial perigoso e paternalista”.<sup>93</sup>

A prática jurisprudencial tem demonstrado que se de um lado impera este autoritarismo paternalista, por outro há a total desoneração do Judiciário em concretizar os direitos constitucionais fundamentais. Não há um consenso entre os juristas sobre qual seria o grau de intensidade adequado para a concretização, por exemplo, dos direitos sociais pelo Judiciário, o que seria uma “importante explicação de por que diferentes juízes chegam a decisões conflitantes em casos muito semelhantes.”<sup>94</sup>

O método mais adequado à concretização de princípios constitucionais que tem sido defendido e de fato utilizado é a ponderação. No entanto, este método tem uma dificuldade inerente, própria do princípio da proporcionalidade. No ordenamento brasileiro esta dificuldade é agravada pela falta de critérios pré-estabelecidos para orientar os processos de ponderação. Porém, o maior problema é a falta racionalidade e razoabilidade nas decisões, que tem refletido negativamente na sociedade como um todo.

Por isto recentemente começou a se tornar relevante a preocupação com

---

<sup>93</sup> SARMENTO. Daniel. A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria. In: Celso de Albuquerque Mello; Ricardo Lobo Torres (dir.). *Arquivos de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 76.



o estabelecimento de critérios para tornar a atividade de ponderação mais racional e controlável, no intuito de não restringi-la à invenção tópico-retórica.<sup>95</sup>

Neste sentido, segundo Daniel SARMENTO, “é necessário que a aplicação da Lei Maior se lastreie em metodologia preocupada com o estreitamento das margens de subjetivismo, incerteza e insegurança das decisões. (...) urge, em prol da transparência e da controlabilidade das decisões do intérprete, recuperar e promover a idéia de racionalidade prática na hermenêutica e na jurisdição constitucional, a fim de legitimá-las democraticamente. A adoção da perspectiva principialista da Constituição não excluiu, mas antes impõe, o desenvolvimento de praxes interpretativas e argumentações constitucionais racionais, transparentes, que gerem estabilidade e previsibilidade e não quebrem a idéia do direito como produto da vontade racional do povo, e não fruto do decisionismo de magistrados, convertidos à posição de oráculos sagrados.”<sup>96</sup>

Mas quais seriam as “praxes interpretativas e argumentações constitucionais racionais” adequadas para gerar a estabilidade e previsibilidade das decisões? A doutrina passou a indicar diversos critérios possíveis para contribuir com os magistrados nestas questões.<sup>97</sup>

### **3.2.2 Os principais critérios de racionalidade da doutrina constitucional**

Não se ignora as dificuldades que o ambiente neoconstitucional trouxe aos juízes, especialmente quando são incitados a decidir sobre pedidos que envolvam direitos fundamentais. Não há uma fórmula certa a seguir, o que se agrava pela complexidade das relações sociais. Em alguns casos o que está em jogo é algo que pode ser identificado com maior precisão e afeta apenas as partes envolvidas no conflito, em outros casos o que está em jogo só pode ser determinado de forma aproximada ou provável e diz respeito a partes não envolvidas na ação (como ocorre

---

<sup>94</sup> PINHEIRO, Armando Castelar. Obra citada, p. 264.

<sup>95</sup> A racionalização da atividade decisória fundada em princípios já teria sido defendida por DWORKIN e ALEXY, porém isto raramente é reproduzido por aqueles que se valem das teorias de ponderação de princípios e regras desenvolvidas por ambos os autores. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Obra citada, p. 35.

<sup>96</sup> SARMENTO, Daniel. Obra citada. p. 79.

<sup>97</sup> No próximo ponto serão indicados *an passant* alguns dos principais critérios defendidos pela doutrina constitucional. Por não envolver o objeto do presente estudo, o tema não será aprofundado da maneira que mereceria.

nos conflitos entre micro e macrojustiça).

Superados os critérios formais de aplicação das normas (pelos quais algumas normas constitucionais teriam eficácia limitada, outras seriam auto-aplicáveis, etc.), tendo em vista a normatividade plena dos preceitos constitucionais, restam, para auxiliar o intérprete, os critérios materiais.<sup>98</sup>

O principal critério norteador da atividade jurisdicional é o *princípio da dignidade da pessoa humana* (art. 1º, inciso III, da Constituição). Mais que critério norteador, a dignidade é núcleo de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Garantir este princípio fundamental, que tem como objetivo primordial traçar um limite à ação ou omissão dos poderes instituídos, é pressuposto e objetivo da sociedade. A dignidade humana representa um valor moral e de interesse geral, que se conecta à própria existência do ser humano, de modo que será contrário à dignidade tudo aquilo que reduzir a pessoa a objeto. Envolve uma mudança da ética da autonomia/liberdade, para uma ética da solidariedade/responsabilidade.

Além de ser um conceito moral, seu conteúdo é extremamente abrangente, não podendo ser definido precisamente. O princípio constitucional da dignidade seria uma cláusula geral de tutela da pessoa, cuja “‘elasticidade’ torna-se o instrumento para realizar formas de proteção também atípicas (...)”<sup>99</sup> Segundo FRANKENBERG, “[q]uase indiscutivelmente a dignidade humana vale como a ‘solução real para o todo’, como ‘cláusula geral para todo o catálogo dos direitos fundamentais’.”<sup>100</sup>

---

<sup>98</sup> SOUZA NETO defende que o debate sobre o conteúdo da norma jurídica (critérios formais), ainda que seja tortuoso, teria o mérito de tornar explícitas (controláveis pelo público) as escolhas feitas com base em critérios não formais, político-materiais. Para ele os planos da efetividade e da fundamentação devem ser complementares e inter-relacionados; não bastaria apenas efetivar os direitos sem se preocupar com sua fundamentação. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Obra citada, p. 36

<sup>99</sup> Maria Celina Bodin de MORAES tentou delimitar o substrato material da dignidade, dizendo que seria formado por quatro princípios: igualdade, integridade física e moral (psicofísica), liberdade e solidariedade. Estes sub-princípios teriam igual importância hierárquica e formariam juntos o princípio maior, da dignidade da pessoa. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana – Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 120. Segundo FRANKENBERG, a dignidade tem um variado histórico de definições, sendo determinada sempre “em conexão com” alguma coisa. Nunca teve uma definição própria. Uma das definições é a que conecta a dignidade com sua violação, no caso concreto, de modo que não existiria dignidade “como tal” mas sim como violação. FRANKENBERG, Günther. *A gramática da Constituição e do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 312.

<sup>100</sup> FRANKENBERG, Günther. Obra citada, p. 308.

O problema desta indeterminação conceitual é que freqüentemente, na prática, a noção de dignidade da pessoa humana é tão ampliada que se torna abstrata, impossibilitando sua aplicação. Ou então acaba sendo utilizada de maneira trivial, como ferramenta para todos os males, de modo que se pode falar em “tirania da dignidade”.<sup>101</sup> A ausência de limites objetivos tem feito com que em alguns casos as demandas judiciais extrapolem os limites do razoável e desvirtuem o referencial básico da dignidade, voltado à solidariedade social. Neste sentido, de eixo central do ordenamento jurídico a dignidade passa a ser tudo, projeta-se sobre todos os âmbitos da vida, se vulgariza.

Em Estados pluralistas e democráticos, é natural que as concepções de dignidade variem ao longo do tempo. Entretanto, nenhuma dessas concepções pode deixar de estar comprometida com as condições elementares da vida humana. Além disto, as concepções devem ser definidas pelo consenso social e não por interesses individuais e egoísticos. Se não existir nenhum interesse comum, a sociedade não será mais capaz de reconhecer a partir de que ponto as pessoas encontram-se numa situação indigna, de modo que o Direito nada poderá fazer.

Atualmente, segundo Ana Paula de BARCELLOS, um critério material decorrente do princípio da dignidade que poderia consensualmente justificar as decisões judiciais seria o *mínimo existencial*. A autora define o mínimo existencial, de forma genérica, como o “conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual (...)”.<sup>102</sup> Para ela o mínimo existencial seria o núcleo material da dignidade da pessoa humana, sendo composto por quatro elementos: educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados (elementos materiais) e o acesso à justiça (elemento instrumental).

Ainda que a autora tenha se esforçado por delimitar o conteúdo do mínimo existencial, este conceito é quase tão abstrato quanto o de dignidade da pessoa humana. Além disto, consiste em categoria eminentemente doutrinária, sem

---

<sup>101</sup> Idem.

<sup>102</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 197.

qualquer base legal. Não obstante, a classificação exposta pela autora ajuda a racionalizar o âmbito de abrangência da dignidade para fins de tutela judicial. Afasta-se a banalização da dignidade humana, aproximando-a de seus valores fundamentais. No entanto, como a própria autora constata, esta não é a única concepção de mínimo existencial.

Existem teorias que desvinculam completamente o mínimo existencial da dignidade da pessoa humana. Conforme algumas delas, o mínimo existencial seria um conjunto imprescindível de condições iniciais para o exercício da liberdade, não podendo ser confundido com os direitos econômicos e sociais, que dependem da concessão do legislador. A teoria do mínimo existencial – que se conecta à existência digna – se relacionaria muito mais com a autonomia privada do que com fins coletivos (como a dignidade da pessoa humana).

Em síntese, o mínimo existencial envolveria apenas os direitos sociais que representam condições para o exercício efetivo da liberdade. Conclui-se que “os direitos sociais não são considerados *prima facie* direitos fundamentais: sua fundamentalidade é derivada da liberdade, esta sim, por si só, fundamental. (...) Parte-se da compreensão segundo a qual, sem condições sociais mínimas, o ser humano não pode efetivamente gozar sua liberdade. (...) Daí resulta que é uma prerrogativa do poder judiciário realizar a concretização dessa esfera mínima dos direitos sociais, independentemente das políticas públicas implementadas pelo executivo e pelo legislativo.”<sup>103</sup>

Este último ponto, que também se verifica na outra teoria do mínimo existencial, demonstra que ambas as teorias, independentemente das diferenças conceituais, chegam ao mesmo resultado prático: dão o máximo de normatividade a alguns direitos, os considerados materialmente fundamentais. Assim, se, por um lado, a teoria limita a normatividade dos direitos sociais situados na periferia da esfera do mínimo existencial, por outro lado, incrementa ao máximo da normatividade dos que estão nela contidos.<sup>104</sup> Nada poderia impedir a garantia

---

<sup>103</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Obra citada, p. 38-39.

<sup>104</sup> “[O] judiciário tem a prerrogativa de concretizar, independentemente das políticas governamentais e da ação legislativa, os direitos fundamentais sociais, ao passo que os demais devem ser concretizados pelo executivo e pelo legislativo nas suas esferas de competência.” SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Obra citada, p. 40-42.

judicial destes direitos, nem mesmo a indisponibilidade orçamentária. Em relação a eles, a análise de custo não teria relevância nenhuma. Trata-se dos direitos que “são tidos como tão fundamentais que poucas razões podem justificar a sua violação, podendo-se, nesse caso, dizer que são concebidos como ‘constrangimentos a qualquer princípio agregativo maximizador’. Direitos nesta acepção são *trunfos*. O trunfo bate qualquer outra carta do jogo.”<sup>105</sup>

Na contramão dos critérios da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial vem justamente o critério que, considerando a disponibilidade orçamentária, coloca um freio nas prestações judiciais. Trata-se da *escassez de recursos*, que parte da teoria do custo dos direitos, pela qual todos os direitos (seja sociais, seja individuais) geram custos, e nem sempre é possível que estes custos sejam impostos judicialmente, porque os recursos para provê-los são escassos, ou seja, há um limite de possibilidades materiais dos direitos.

Nesse sentido, “[p]ouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo.”<sup>106</sup> A impossibilidade financeira pode ser “capaz de reduzir os mais legítimos e consagrados reclamos a fantasias irrealizáveis.”<sup>107</sup>

A escassez de recursos não envolve apenas recursos financeiros. Envolve bens em geral, como órgãos, equipamentos, pessoal especializado, dentre outros. Por isso, mesmo em países prósperos há algum tipo de escassez. A escassez sempre existirá e em relação a isso o Direito nada pode fazer.

O argumento da escassez de recursos geralmente é colocado pelo Estado, especialmente agora que o Judiciário tem a possibilidade de interferir, direta ou indiretamente, no orçamento estatal. Este argumento é aceito pelos juízes que não querem enfrentar o problema de fazer escolhas (que por vezes são trágicas), deixando as coisas como estão, ou pelos que não acham correto que o Judiciário interfira em questões de alocação de recursos. Contra aqueles que acreditam que

---

<sup>105</sup> A noção de direitos como trunfos foi introduzida por Ronald DWORKIN em *Taking rights seriously*. SILVA, Mariana Duarte. A Economia de um Direito Humano: Análise Económica do Direito à Liberdade de Expressão Garantido na Convenção Europeia dos Direitos do Homem. *Sub Judice – Justiça e Sociedade. Ideias*. n.º 33, Portugal, mai/2006, p. 40.

<sup>106</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Obra citada, p. 236-237.

há total possibilidade de concretização jurisdicional dos direitos constitucionais<sup>108</sup>, estes intérpretes acreditam que não cabe ao Judiciário interferir porque estes direitos têm nas políticas públicas seu meio por excelência de efetivação.

Esta posição enfatiza, sobretudo, que a concretização de direitos sociais depende de opções que requerem planejamento, em vista do fato da escassez de recursos – da qual decorrem os limites da chamada *reserva do possível* – e que a legitimidade para a prática de tais decisões deve ser daqueles que tem a possibilidade de aferir precisamente suas conseqüências.<sup>109</sup>

A reserva do possível<sup>110</sup> atua como um princípio a aconselhar uma postura mais conservadora dos juízes no reconhecimento dos direitos prestacionais. Consiste, em síntese, naquilo que os cidadãos podem exigir razoavelmente do Estado. Trata-se, assim como o mínimo existencial em relação à dignidade humana, de um critério delimitador da abrangência do argumento da escassez de recursos. Não leva à ineficácia dos direitos prestacionais, mas expressa a necessidade de ponderar estes direitos ou mesmo restringi-los, dependendo do conflito de interesses concreto.

Estes são, em síntese, os critérios doutrinários mais freqüentes nas decisões judiciais que envolvem direitos fundamentais. São principalmente estas questões que orientam os magistrados em sua atuação. Como os juízes não são

---

<sup>107</sup> GOVEIA, Marcos Maselli. Obra citada, p. 306.

<sup>108</sup> Porque o Estado teria recursos ou porque “os direitos são direitos por uma questão de princípio jurídico ou de decisão política, e não por uma questão de viabilidade prática circunstancial.” GOVEIA, Marcos Maselli. Obra citada, p. 313.

<sup>109</sup> GOVEIA, tratando especificamente das questões de tutela coletiva, dá o exemplo das *structural injunctions* norte-americanas pelas quais, ao invés de interferir diretamente no orçamento estatal, o Judiciário, reconhecendo a ilicitude de uma determinada omissão estatal, concita a Administração a ela própria elaborar um plano que permita solucionar o problema da forma que melhor se afinar às suas diretrizes políticas. Assim a “intervenção judicial direta no orçamento deve ser evitada sempre que possível, já que a tarefa do Judiciário é a de detectar a omissão ilícita e zelar para que seja reparada, e não a de definir o meio de reparação, se vários forem os meios possíveis.” Idem, p. 310-313.

<sup>110</sup> O conceito de *reserva do possível* surgiu em uma “decisão paradigmática do Tribunal Constitucional alemão [BVerfGE33, 303 (333)] em que havia a pretensão de um cidadão de ingresso no ensino superior público, fundamentado na garantia da Lei Federal alemã de liberdade de escolha da profissão, embora não existissem vagas suficientes. Nesta decisão, afirma a Corte que a ‘prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.’” WANG, Daniel Wei Liang. A escassez de recursos como limitação para a concretização de direitos (comentários a acórdão do STJ). *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte,

neutros, pelo que foi exposto, adotam o critério que mais se adéqua às suas convicções pessoais e à sua percepção dos casos sob análise.

O fato de não haver um critério único e absoluto para orientar os juízes nestes casos complexos gera muitos efeitos positivos, pois, como foi dito, os juízes têm a possibilidade de suprir omissões estatais e garantir aos cidadãos seus direitos fundamentais. Por outro lado, ainda que a doutrina tenha reduzido de certa forma o grau de instabilidade das decisões, a jurisprudência tem oscilado de maneira gritante, de modo que os efeitos negativos talvez sejam iguais ou até mesmo maiores do que as benesses. Por isto é relevante fazer uma análise das conseqüências das decisões judiciais e discutir a possibilidade de, de repente, outro critério contribuir com os juízes na tomada de decisões: a eficiência.

### **3.3 A prática da atuação judicial**

#### **3.3.1 A (in)segurança jurídica**

Como ficou demonstrado, os juízes decidem especialmente com base em suas convicções pessoais. A despreocupação com os resultados gerais das decisões, unida ao fato de que não há nenhuma orientação que vincule efetivamente os magistrados em sua atuação – no sentido dos precedentes norte-americanos – faz com que a maior prejudicada seja a segurança jurídica. A não-neutralidade dos magistrados, que freqüentemente dá origem a decisões contraditórias ou com pouca previsibilidade, pode gerar sérios problemas do ponto de vista econômico. O que se percebe ultimamente é o tratamento de questões similares de maneira totalmente oposta, tanto em um mesmo tribunal quanto em tribunais diferentes.<sup>111</sup>

---

ano 5, n.º 20, out/dez 2007, p. 241.

<sup>111</sup> Gustavo AMARAL detectou esta questão ao analisar as decisões de alguns tribunais brasileiros sobre situações muito semelhantes. Em uma delas – em que foram pedidos judicialmente tratamentos para menores vítimas da doença congênita chamada distrofia muscular progressiva de Duchenne – o autor constatou decisões conflitantes entre os tribunais de justiça de São Paulo e de Santa Catarina e também entre dois órgãos julgadores do tribunal de São Paulo. “Vê-se, nessas três decisões, três concepções absolutamente díspares. Para o Tribunal de Santa Catarina, o direito à saúde é incontestável e absoluto, devendo o Estado acatá-lo em qualquer caso, sendo mesmo defeso ao Judiciário comparar esse direito com as possibilidades do Fisco. Já para a decisão da 9ª Câmara de Direito Público do TJSP o direito à saúde limitar-se-ia à necessidade de o Estado desenvolver políticas públicas de saúde, enquanto que o tratamento de doenças dependeria da filiação a um sistema de previdência e à cobertura dada por esse sistema. A decisão da 2ª Câmara

A insegurança também é agravada pela recorrente manipulação dos mesmos critérios doutrinários, caso a caso, de modo incoerente. Por exemplo, foi demonstrado que o Supremo Tribunal Federal ignora ou considera de menor relevância questões como escassez de recursos, custo dos direitos ou reserva do possível quando julga ações que pedem medicamentos, tratamentos médicos ou vagas em creches. Nestas ações estes critérios doutrinários assumiriam o sentido do brocardo latino *fiat justitia et pereat mundus* (faça-se justiça, ainda que pereça o mundo). Por outro lado, em julgamentos de controle abstrato de constitucionalidade de leis envolvendo direito à saúde e educação e de intervenções federais por não pagamento de precatórios estas questões assumem fundamental importância.<sup>112</sup>

Diversos estudos de análise jurisprudencial em questões específicas demonstram inúmeros problemas e inconsistências nas decisões judiciais. Estas decisões geram efeitos mais intensos, para além da insegurança jurídica, principalmente quando os magistrados agem como promotores de justiça social, ou seja, favorecem deliberadamente a parte mais fraca nas disputas.<sup>113</sup> Isto ocorre freqüentemente em questões em face do Estado, principalmente envolvendo direito à saúde.<sup>114</sup>

---

do mesmo tribunal, ao seu turno, entendeu que o direito à saúde era ditado por políticas públicas destinadas a gerenciar recursos escassos, sendo juridicamente impossível ao Judiciário imiscuir-se na questão.” AMARAL, Gustavo. Obra citada, p. 29. Nesse sentido Daniel WANG, expôs que em um mesmo Tribunal, no caso o Superior Tribunal de Justiça, foram tomadas – em ocasiões diferentes – decisões divergentes acerca de um mesmo pedido, o tratamento de retinose pigmentar no exterior. Enquanto em 2002 a Segunda Turma, em nome da fundamentalidade do direito à saúde, determinou o fornecimento dos recursos necessários para o tratamento do paciente, em 2003 a Primeira Seção, considerando a indisponibilidade orçamentária bem como questões médico-científicas, denegou o pedido. O mais intrigante é que os relatores de ambos os acórdãos integraram o quórum dos dois julgamentos. WANG, Daniel Wei Liang. Obra citada, p. 249-250.

<sup>112</sup> WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Sociedade Brasileira de Direito Público SBDP. Escola de Formação* – 2006. Disponível na Internet via WWW.URL: <[http://www.sbdp.org.br/monografia/80\\_Daniel%20Wang.pdf](http://www.sbdp.org.br/monografia/80_Daniel%20Wang.pdf)> Acesso em 02 nov. 2007.

<sup>113</sup> Neste sentido GALDINO critica a decisão que teria criado a noção *in dubio pro misero* pela qual o miserável terá sempre razão. “[A] hipossuficiência, é convertida, sem qualquer intermediário, e sem ressalvas, em regra de julgamento, quiçá regra de ‘justiça’. Sem qualquer amparo e desvinculada de qualquer proposta minimamente coerente, a decisão promove inusitada redistribuição de renda pública (cria despesas para o Erário).” GALDINO, Flávio. Obra citada, p. 256.

<sup>114</sup> Também em relação aos particulares o Judiciário tende a favorecer a parte hipossuficiente. Nesse sentido, a Constituição “reclama uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, sobretudo quando se tratar de entidades que exerçam posições de poder e autoridade na sociedade.” Ainda que isto gere insegurança no direito privado. Isso porque nossa Constituição “é uma Constituição social, que não aposta todas as suas fichas na autonomia privada e no mercado, mas antes preocupa-se com o combate à exploração do homem pelo homem. (...) faz-se mister reforçar



Em regra, estas decisões protecionistas desconsideram qualquer questão orçamentária. Evidentemente, é bastante difícil para qualquer pessoa dizer não em um caso sabendo que disso podem resultar a manutenção de uma situação indigna e violações a direitos fundamentais. Na ponderação vida *versus* erário a consciência do magistrado tende a optar pela vida. No entanto, as demandas de direitos sociais, inclusive por tratamento médico, são vorazes: elas devoram os recursos. E os recursos, como foi dito, são intrinsecamente escassos.<sup>115</sup> Em consequência, alguns efeitos destas decisões já podem ser sentidos em toda sociedade.

A “judicialização” de direitos sociais gera custos que têm assumido dimensões astronômicas,<sup>116</sup> o que demonstra que a atuação do Judiciário possui consequências econômicas bastante relevantes e que os juízes estão decidindo a forma como – e para quem – parcela significativa dos recursos públicos será alocada. Isso significa dizer que as consequências das decisões judiciais não afetam apenas as partes envolvidas no litígio, ainda que os magistrados não atentem para isto. Desta forma, a questão não deve ser contraposta apenas entre o autor da demanda e o orçamento público, mas também entre aquele e determinada coletividade, que irá arcar indiretamente com os efeitos da decisão.

Duas consequências são possíveis, uma benéfica e uma negativa: ou o Poder Público, em atenção às demandas judiciais, modifica sua postura omissa/ineficaz<sup>117</sup>, ou os recursos para atender as demandas judiciais serão retirados de programas públicos, que atenderiam grande parcela da população.

---

todos os instrumentos que permitam a proteção dos hipossuficientes (...).”SARMENTO, Daniel. Obra citada, p. 89. Estas questões, no entanto, não serão desenvolvidas neste trabalho.

<sup>115</sup> AMARAL, Gustavo. Obra citada, p. 35.

<sup>116</sup> “Em 2005, o Estado de São Paulo gastou 86 milhões de reais para fornecer medicamentos e tratamentos médicos em cumprimento de decisões judiciais. De acordo com o Ministério da Saúde, os gastos gerados por decisões judiciais aumentaram 211,4% de 2005 a 2006. E, em notícia recente, o Ministro da Saúde, José Gomes Temporão, afirmou que ‘os Estados (...) desembolsam, em média, R\$500 milhões por ano’ para cumprimento de decisões judiciais.” WANG, Daniel Wei Liang. A escassez de recursos como limitação para a concretização de direitos (comentários a acórdão do STJ). p. 239-240.

<sup>117</sup> Conforme Flávia PIOVESAN, “em razão da larga jurisprudência que condenava o Poder Público a oferecer gratuitamente medicamentos às pessoas portadoras do vírus HIV, foi aprovada a Lei n.º 9.313, de novembro de 1996, que dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS, cabendo ao Sistema Único de Saúde fornecer toda medicação necessária ao seu tratamento.” PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil: Desafios e Perspectivas. In: *Direito, Estado e Democracia. Entre a (In)Efetividade e o Imaginário Social*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006, p. 124.

Infelizmente esta última possibilidade é a que tem prevalecido.<sup>118</sup>

Os problemas, no entanto, não se limitam aos recursos financeiros. Ultrapassando a questão orçamentária, AMARAL relata o caso do aposentado que conseguiu um provimento liminar para ser operado imediatamente de câncer na bexiga, passando na frente de 48 (quarenta e oito) pessoas que estavam na fila para serem operadas.<sup>119</sup> Além de ser injusto com aqueles que são preteridos, este tipo de decisão pode levar ao ajuizamento de uma série de demandas idênticas, o que provocará uma desordem considerável em políticas públicas desta natureza.

Trata-se do risco do efeito multiplicador que estas decisões favoráveis podem gerar, ocasionando, como uma de suas conseqüências, o inchaço do Poder Judiciário. Foi o que ocorreu em relação aos pedidos de medicamentos, que tomaram proporções tão relevantes que juristas de diversas áreas, inclusive os magistrados, tentam agora impor regras para alterar este contexto.<sup>120</sup>

Nos casos de tutelas de urgência a situação é ainda mais grave, pois não há como aferir precisamente a urgência e a viabilidade do provimento liminar. Especialmente nestes casos, os efeitos em escala macro são certos e trágicos<sup>121</sup>.

---

<sup>118</sup> Neste sentido, em relação ao direito à saúde SOUTO afirma que a questão não é quem vai ficar, no caso concreto, sem medicamento ou atendimento médico, mas “quem vai morrer no próximo exercício financeiro, por conta da falta de recursos, tomados para atender as decisões judiciais concedendo direitos não orçados.” SOUTO, Marcos Juruena Vilella. Obra citada, p. 151.

<sup>119</sup> AMARAL, Gustavo. Obra citada, p. 37.

<sup>120</sup> BARROSO, em parecer recentemente elaborado, indicou que os medicamentos só poderiam ser concedidos individualmente se constantes da lista do SUS e se indispensáveis à vida. Eventual alteração da lista (especialmente inclusão de medicamentos) só poderia ser feita através de ações coletivas, e os medicamentos possíveis de serem incluídos seriam os de eficácia comprovada, excluídos, portanto os experimentais e alternativos. BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Interesse Público - Revista Bimestral de Direito Público*. Editora Fórum, vol. 46, nov/dez 2007. No Paraná, os procuradores do Estado formaram um grupo de estudos sobre estas questões de direito à saúde e defendem, em síntese, que quando o medicamento/tratamento é fornecido pelo SUS a pessoa deve submeter-se ao procedimento padrão, e que para que a pessoa possa requerer o direito deve comprovar que não tem condições de arcar com os custos.

<sup>121</sup> Também em relação à saúde, “[q]uando há alguma decisão judicial determinando a entrega imediata de medicamentos, freqüentemente o Governo retira o fármaco do programa, desatendendo a um paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo ao litigante individual que obteve a decisão favorável. Tais decisões privariam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. Cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública.” BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.

Soma-se a isto que em muitos casos os demandantes pedem algo de que não precisam efetivamente, ou que poderia ser obtido administrativamente.

Outro ponto importante é que em muitos casos a Administração Pública é condenada ao custear demandas irrazoáveis, seja porque inacessíveis, destituídas de essencialidade<sup>122</sup> ou de eficácia duvidosa. Em relação ao direito à saúde, surge o risco de saber quem será responsabilizado caso o tratamento/medicamento provido jurisdicionalmente gere efeitos negativos ao paciente, situação que não é incomum. Quando o medicamento traz algum benefício para o paciente é irrelevante se a doença é incurável ou não. No entanto, em diversos casos o medicamento não proporciona nenhum efeito positivo comprovado. De acordo com Maria Inez Pordeus GADELHA, de cada 10 (dez) processos que pedem prestações de saúde 8 (oito) são muito frágeis, não sustentariam decisões se fossem tecnicamente analisados, o que significa que as prestações concedidas geralmente são tecnicamente questionáveis.<sup>123</sup>

Pelo que foi exposto, percebe-se claramente que o Judiciário está aparelhado principalmente para decidir questões de microjustiça, justiça do caso concreto, do que de macrojustiça, o que significa dizer que está muito mais voltado às partes envolvidas no litígio do que aos efeitos que sua decisão gerará na sociedade. Principalmente quando assumem o papel de promotores de justiça social, os juízes esquecem que “[a] justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar, sob pena de quebrar-se a isonomia.”<sup>124</sup>

---

<sup>122</sup> Segundo BARATA, “[a]lém de medicamentos, o Estado vê-se obrigado a entregar produtos como iogurtes, requeijão cremoso, queijo fresco, biscoitos, adoçante, leite desnatado, remédio para disfunção erétil, mel e xampu, dentre outros itens. Em 2004, por exemplo, chegou a ter de custear, por força de decisão judicial, a feira semanal para morador da capital.” BARATA, Luiz Roberto Barradas. É positivo que o Estado seja obrigado por decisão judicial a fornecer certos medicamentos? Não. Regulamentar é o melhor caminho. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 17 de março de 2007, Disponível na Internet via WWW.URL: < <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1703200708.htm> > Acesso em 05.08.2008.

<sup>123</sup> Maria Inez é médica oncologista do Instituto Nacional do Câncer e do Centro Médico Naval do Rio de Janeiro; professora assistente especialista em cancerologia pela AMB e pela Sociedade Brasileira de Cancerologia; especialista em Educação para a Saúde pela UFRJ; Assessora Técnica da Coordenação Geral de Alta complexidade do Ministério da Saúde. Cf. anotações da conferência *Bases Conceituais, Normativas e Operacionais do SUS*, proferida no Seminário de Direito à Saúde da EMAGIS – Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região, realizado em Curitiba, nos dias 26 e 27 de junho de 2008.

<sup>124</sup> AMARAL, Gustavo. Obra citada, p. 39.

Soma-se a isto o fato que a justiça do caso concreto contempla apenas aqueles que têm acesso à justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Desta forma as classes mais pobres são duplamente prejudicadas: além de não terem condições de acesso à justiça sofrerão diretamente os efeitos das decisões judiciais em favor da microjustiça, já que são os principais dependentes dos serviços públicos.

Infelizmente ainda não está assimilada por todos a idéia de que os julgadores devem sopesar, em suas decisões, os reflexos econômico-sociais das mesmas. Mas alguns juristas, e mesmo magistrados, já estão percebendo que “[o] olhar do julgador não pode estar apenas na relação entre o “A” e o “B” que estão litigando. Fazer assim é julgar de forma míope e limitada. A sentença que será dada naquele processo poderá ter sérias conseqüências para outros “C”, “D” e “E”, que não fazem parte do processo mas serão por ele afetados. Negar essa realidade, infelizmente, é ignorância ou irresponsabilidade.”<sup>125</sup>

De fato, o posicionamento dos magistrados está se alterando. Já se começa a afastar, ainda que despercebidamente, o repúdio à inserção de critérios como a eficiência e a finalidade em termos econômicos nos processos de decisão.

### **3.3.2 A eficiência e a finalidade como critérios de decisão**

A técnica da ponderação partindo da análise de custo-benefício não é estranha à prática jurisprudencial. Valores inclusive como custo oportunidade<sup>126</sup> são freqüentemente ponderados. Porém, a análise de custo-benefício costumava ser pouco utilizada para lidar com direitos fundamentais, especialmente em se tratando de direito à saúde. Isto porque dita análise geralmente parte de uma lógica individualista, que na maioria das vezes desconsidera valores sociais. Ocorre que, no sentido aqui defendido, a análise de custo-benefício tem justamente a função de permitir, da melhor forma possível, a consagração de direitos sociais, ora individuais, ora coletivos.

---

<sup>125</sup> MACHADO, Rafael Bicca. Obra citada, p. 47.

<sup>126</sup> Os custos de oportunidade representam aquilo que se deixou de ganhar em A por decidir investir em B. São estimados a partir do que poderia ser ganho no melhor uso alternativo dos recursos. WANG, Daniel Wei Liang. A escassez de recursos como limitação para a concretização de direitos (comentários a acórdão do STJ). p. 240.

Desta forma, não há porque afastar-se a legitimidade do raciocínio que leva em conta o resultado da decisão, fazendo uma análise de custo-benefício ou custo oportunidade. Este último, de acordo com Daniel WANG, é inclusive bastante pertinente, “pois para avaliar a aplicação de um gasto estatal na concretização de determinados direitos para determinadas pessoas devemos considerar também o que deixou de ser concretizado em termos de direitos se as opções de dispêndio tivessem sido outras.”<sup>127</sup>

Ao ponderar os valores individuais e coletivos, um ou outro pode prevalecer, dependendo do caso. Dizer que a macrojustiça não poderia prevalecer em questões de direitos sociais porque a previsão do resultado em sentido macroeconômico é incerta, parte de abstrações e generalizações, enquanto no sentido microeconômico a situação é concreta, sabe-se exatamente quais serão os efeitos, é ignorar as consequências que estas decisões efetivamente têm gerado e desconsiderar que a coletividade abstratamente contemplada também tem direito à tutela efetiva.

Mesmo aqueles que pretendem decidir de forma exclusivamente jurídica não podem fugir de alguns juízos sobre a realidade. José Reinaldo de Lima LOPES afirma que levar o resultado em consideração faz parte do processo decisório. Por isto que nos casos em que é necessária a ponderação, porque há várias ações possíveis e eficazes, a escolha deve ser feita a partir de prognósticos sobre a melhor solução empírica. Trata-se de campo de ação cognitivo (não normativo) em que a finalidade é o critério norteador. “A exigibilidade judicial fica, pois, subordinada a juízos normativos (ponderação) e técnico-empíricos (prognósticos) ao mesmo tempo.”<sup>128</sup>

A finalidade, em se tratando de direitos sociais, não se restringe à tutela daquele que recorre ao Judiciário. “Este ponto coloca uma difícil questão: a de saber em que casos o direito de um consumidor ou agente em particular pode ser ‘sacrificado’ no altar do bem comum. Defesas intransigentes dos direitos podem chocar-se, e de fato chocam-se, com políticas de reforma ou de justiça social. (...) Se cada sujeito de direitos não pode ter seus direitos sacrificados em nome do

---

<sup>127</sup> Idem, p. 240-241.

benefício coletivo, a dinâmica social conduzirá à consolidação de injustiças.”<sup>129</sup>

De fato, os direitos dos particulares não são e nem podem ser absolutos.<sup>130</sup> Será atingida a finalidade da normativa de maneira eficiente se a ponderação levar ao resultado concreto que concretize da melhor forma possível o valor constitucional em questão, o que eventualmente pode ocorrer negando-se a tutela individual.

Não se trata aqui de defender que o Judiciário passe a negar demandas de direitos sociais. Por tudo que foi exposto, não se afasta a importância da atuação do Judiciário em casos de omissão dos demais poderes, ainda mais em questões tão fundamentais como estas. O que se defende é que, tendo em vista que as decisões inegavelmente terão reflexos em determinadas coletividades, os juízes devem ser mais cuidadosos na ponderação dos valores em questão. Afinal de contas, o desvio de recursos públicos para atender um indivíduo deixando de atender uma coletividade também viola o princípio da dignidade humana. Há pessoas envolvidas dos dois lados do litígio. A única diferença é que a coletividade não é concretamente identificada. Por isto o direito do demandante não pode ser tratado de forma absoluta. Devem ser ponderados adequadamente todos os valores em questão.

Para que a ponderação leve ao melhor resultado prático deve haver proximidade com o problema e elementos técnicos capazes de informar o juiz na tomada de decisão. Trata-se de dizer que deve haver tanto objetividade quanto especialidade na interpretação. Ou seja, além da percepção dos resultados que a decisão terá na sociedade, tem sido defendida a necessidade de saber técnico, especializado, para orientação das decisões dos magistrados.

Esta parte do processo decisório seria a determinação ou investigação

---

<sup>128</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Obra citada, p. 147.

<sup>129</sup> Idem, p. 159.

<sup>130</sup> Neste sentido a Ministra Ellen Gracie, tratando do direito à saúde, afirmou que “a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde.”

Superior Tribunal de Justiça, Suspensão de Segurança n.º 3.073/RN, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 14.02.2007.

dos fatos, com a diferença de que os fatos averiguados não seriam só passados, mas também futuros, previsões.<sup>131</sup> Isto porque “[o]s problemas complexos com os quais o Judiciário contemporâneo se envolve – incluindo os direitos prestacionais –, freqüentemente envolvendo o exercício de atividade materialmente administrativa, não se coaduna com o isolamento do magistrado, aconselhando seu assessoramento através de pessoas com formação específica.”<sup>132</sup> Neste sentido também a jurisprudência pátria já tem se manifestado.<sup>133</sup>

Desta forma, as decisões passam a ser tomadas não apenas à luz dos interesses momentâneos. Levam-se em conta, ainda que indiretamente, planejamento e racionalização das escolhas (em função das possibilidades e custos), só que racionalização informada, o que dá mais segurança à sociedade acerca da motivação da decisão. Trata-se de uma prestação de contas à sociedade do porquê preferiu-se atender a uma situação e não à outra, reduzindo-se, assim, a insegurança jurídica. Percebe-se a necessidade da justificação racional das decisões, inclusive previamente para a concessão de medidas urgentes.<sup>134</sup>

Pode-se dizer que, ainda que implicitamente, está presente nas decisões que refletem esta mudança de posicionamento a preocupação em garantir a eficiência da prestação jurisdicional. Cuida-se dos efeitos das decisões judiciais, vinculados não apenas à eficácia (aptidão para produção dos efeitos), mas também à efetividade (produção real dos efeitos pretendidos). Percebeu-se que a legalidade da decisão depende também de resultados previsíveis e desejáveis, tanto entre as partes quanto exteriores. Isto porque “os resultados concretos que se podem

---

<sup>131</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Obra citada, p. 147.

<sup>132</sup> GOUVEIA, Marcos Maselli. Obra citada, p. 318.

<sup>133</sup> Veja-se por exemplo o acórdão assim ementado: “Parecer técnico do Conselho Brasileiro de Oftalmologia desaconselha o tratamento da “retinose pigmentar” no Centro Internacional de Retinose Pigmentária em Cuba, o que levou o Ministro da Saúde a baixar a Portaria 763, proibindo o financiamento do tratamento no exterior pelo SUS. Legalidade da proibição, pautada em critérios técnicos e científicos. A Medicina social não pode desperdiçar recursos com tratamentos alternativos, sem constatação quanto ao sucesso nos resultados. Mandado de segurança denegado.” Superior Tribunal de Justiça, Mandado de Segurança n.º 8.895/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 07.06.2004.

<sup>134</sup> Neste sentido, Eduardo TALAMINI defendeu que haveria a possibilidade de, antes de decidir a liminar, o juiz realizar rápidas medidas instrutórias de ofício, mesmo sem respeitar o contraditório, como, por exemplo, expedição de ofícios solicitando informações a especialistas. Cf. anotações da conferência *Tutela jurisdicional e direito à saúde*, proferida no Seminário de Direito à Saúde da EMAGIS – Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região, realizado em Curitiba, nos dias 26 e 27 de junho de 2008.

esperar e prever não são pouca coisa e nem podem ser tomados levemente.”<sup>135</sup> Para que haja eficiência do provimento judicial, nestes casos, inegavelmente há de se levar em conta os efeitos sociais.

O auxílio técnico será sempre um meio idôneo para contribuir com o jurista na busca da eficiência almejada. Além disto, como já foi mencionado, o magistrado deve preocupar-se em avaliar todas as consequências possíveis de sua atuação e tomar decisões exaustivamente motivadas (fundamentadas), além de razoáveis<sup>136</sup>. Todos estes elementos permitem que se reduza a insegurança jurídica e que se garanta o provimento jurisdicional adequado. Independentemente do resultado concreto a que se chegue – ora favorecendo a micro, ora a macrojustiça –, a decisão que considerar estas questões certamente garantirá a eficiência, tanto econômica quanto social.

Como no Direito não há uma única resposta correta, que possa servir a todos os casos, o que pode manter sua credibilidade é a lógica que fundamenta a tomada de decisões. A *lógica jurídica* é a da escolha entre várias possibilidades *corretas*. Faz-se a escolha pela possibilidade adequada, aceitável, justificável, de acordo com o juízo do intérprete, de modo que “não há, no direito, o *verdadeiro*, mas apenas o *aceitável* (justificável).” Por isso “[o] sentido do justo comporta sempre mais de uma solução.” A prudência está não no “desafio da ausência de respostas, mas da existência de múltiplas soluções corretas para uma mesma questão.”<sup>137</sup>

---

<sup>135</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Obra citada, p. 160.

<sup>136</sup> Razoabilidade no sentido de adequação, necessidade e proporcionalidade. Juntamente com o racional, que trabalha com causas e efeitos, o razoável, que trata de razões e interesses, permite que se atinja a eficiência. SOUTO, Marcos Juruena Vilella. Obra citada.

<sup>137</sup> GRAU, Eros Roberto. Obra citada, p. 29-34.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há muito tempo a necessidade de certeza jurídica é fundamental no Direito. Sempre foi uma preocupação dos operadores do Direito de um modo geral garantir alguma previsibilidade das decisões. Ocorre que, pouco a pouco, esta certeza, muito presente no positivismo jurídico, deixou de assumir o papel principal e foi abrindo espaço para a consagração de valores e princípios fundamentais, porém abstratos. Na prática, atualmente, a norma legal freqüentemente contrasta com exigências de equidade e justiça no caso concreto, que pode ser ilustrada entre caso singular *versus* generalidade da norma, discricionariedade do juiz *versus* poder do legislador.

Especialmente no período posterior à Constituição de 1988, a possibilidade de os juízes atuarem com maior liberdade, assumindo sua não neutralidade na tomada de decisões, gerou um ambiente de total insegurança. Por outro lado permitiu a consagração dos valores constitucionais fundamentais, especialmente referentes à justiça distributiva, que até pouco tempo eram alheios à seara judicial.

Valores como dignidade da pessoa humana, igualdade material, mínimo existencial e diversos direitos sociais integraram a pauta das decisões judiciais. Os juízes, sob a influência da doutrina constitucional do período pós ditadura militar, assumiram para si o papel de promotores de justiça social. Passaram a agir na omissão dos demais poderes, determinando que o Estado e também os particulares cumprissem prestações positivas em favor das partes hipossuficientes.

No começo esta situação não gerava maiores problemas. No entanto, a concessão cada vez mais freqüente de prestações “em nome da dignidade da pessoa humana”, fez com que estas demandas comesçassem a se multiplicar, assoberbando o Poder Judiciário. Concomitantemente, este valor fundamental, núcleo do ordenamento jurídico brasileiro, passou a fundamentar pedidos irrazoáveis ou mesmo supérfluos e que ironicamente passaram a ser concedidos.

O grande problema da postura judicial nestes termos é que gera custos de toda ordem, que não podem ser desprezados pelos operadores do Direito, quer no

momento da formulação de textos normativos quer da sua interpretação/ aplicação. Não se está, com isto, dizendo que os direitos fundamentais devem ser negados porque geram custos. Todos os direitos geram custos, seja individuais, seja sociais, e isto não pode ser uma barreira intransponível na sua consagração. Só que estes custos também não podem ser totalmente desconsiderados, como vinha acontecendo, ainda mais para permitir pedidos totalmente desprovidos de razoabilidade. A escassez de recursos impõe limites fáticos às prestações, de modo que freqüentemente os juízes passaram a ter de lidar com escolhas trágicas, devendo considerar também os custos em questão.

Por outro lado, reconhecer a escassez de recursos e com isto negar as prestações judiciais em nome da “reserva do possível” não seria adequado, não se coadunaria com a Constituição. Por isto o melhor caminho é a ponderação, que principalmente após a difusão dos ensinamentos de Ronald DWORKIN e Robert ALEXY, passou a ser cada vez mais freqüente. A ponderação permite que sejam considerados, senão todos, pelo menos vários dos valores em questão. Mas o que deve orientar a ponderação quando os valores em conflito são igualmente fundamentais? Ou quando o valor é o mesmo, só que envolve conflito entre macro e microjustiça? Não há nada no ordenamento jurídico que indique um caminho a seguir.

Dado o contexto de instabilidade que a postura protecionista do Judiciário brasileiro gerou, a preocupação com a motivação racional passou cada vez mais a predominar nos processos decisórios. Especialmente em casos trágicos, o intérprete deve deixar de lado a emoção e agir conforme a razão. Para isto, os juízes reconheceram que precisariam em inúmeros casos valer-se de elementos de outras ciências, bem como de auxílio técnico, em sua atuação.

Demonstrou-se aqui, em linhas gerais, a evolução da análise econômica do direito no sistema norte-americano e a importância que estas questões assumiram naquele contexto, especialmente para a orientação dos juízes. Os economistas norte-americanos comprovaram que mesmo que os juízes atuem racionalmente, por vezes limitam-se ao conflito inter-partes e desconsideram as inúmeras conseqüências que suas decisões podem ter na sociedade como um todo,

prejudicando especialmente aqueles que pretendiam beneficiar com suas decisões. A racionalidade econômica demonstrou que os juízes, em sua atuação, inegavelmente influenciam comportamentos na sociedade como um todo. Desta forma, as decisões racionais deveriam ser tomadas de modo a garantir a obtenção da finalidade normativa da maneira mais eficiente possível, considerando os comportamentos das pessoas, ou seja, indo além da análise da conduta das partes envolvidas diretamente no litígio.

Como foi exposto, as teorizações da *Law and economics* não poderiam ser aplicadas no Brasil da forma como foram defendidas no sistema norte-americano, ou seja, com o objetivo de orientar os comportamentos dos indivíduos (aspecto normativo). Não pode ser desconsiderado que o ordenamento jurídico brasileiro está comprometido com valores fundamentais, que não devem ser afastados na tentativa de manipular os comportamentos da população de maneira eficiente. Nem sempre a eficiência será o critério norteador. No entanto, a eficiência em termos econômicos pode contribuir com a realidade brasileira em outro sentido: para, a partir da previsão dos efeitos gerados por determinada decisão (aspectos positivos), garantir que seja feita a melhor ponderação dos valores em questão, de modo a permitir a consagração dos valores fundamentais. Neste sentido, inegavelmente os custos deverão ser considerados, mesmo porque, como já se disse, os conflitos *in abstracto* devem ser vistos não entre indivíduo e orçamento, mas sim entre indivíduo e coletividade. Desta forma, serão ponderados valores jurídicos e econômicos, prevalecendo, caso a caso, aquele que garantir os resultados mais eficientes.

A preocupação com os resultados, bem como com a eficiência das decisões, já têm sido consideradas judicialmente, ainda que intuitivamente. A defesa da utilização de auxílio técnico pelos próprios magistrados ilustra bem esta questão. Desta forma, as decisões não têm como fugir da racionalidade e tendem a garantir a razoabilidade, recuperando a segurança jurídica “perdida”. Nestes termos, a sociedade como um todo só tem a ganhar.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ARAÚJO, Fernando. *Análise Económica do Direito – Programa e Guia de Estudo*. Coimbra: Almedina, 2008.
- ARRUÑADA, Benito; ANDONOVA, Veneta. Instituições de mercado e competência do Judiciário. In: Decio Zylbersztajn; Raquel Sztajn (orgs.). *Direito & Economia – Análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 197-227.
- BARATA, Luiz Roberto Barradas. É positivo que o Estado seja obrigado por decisão judicial a fornecer certos medicamentos? Não. Regulamentar é o melhor caminho. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 17 de março de 2007, Disponível na Internet via WWW.URL: < <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1703200708.htm> > Acesso em 05.08.2008.
- BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: \_\_\_\_\_. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 7ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 283-329.
- \_\_\_\_\_. A doutrina brasileira da efetividade. In: \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 61-77.
- \_\_\_\_\_. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Interesse Público - Revista Bimestral de Direito Público*. Editora Fórum, vol. 46, p.

31-61, nov/dez 2007.

- BREYER, Stephen. *Economic reasoning and judicial review*. AEI-Brookings Joint Center 2003 Distinguished Lecture. Presented at the American Enterprise Institute, December 4, 2003.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Da política pública ditada pelo Poder Judiciário no tocante à saúde pública. *Associação dos Procuradores do Estado do Paraná*. Disponível na Internet via WWW.URL: < [http://www.apep.org.br/artigos.php?not\\_id=4990](http://www.apep.org.br/artigos.php?not_id=4990) > Acesso em 15 nov. 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 351-434.
- FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. Análise Econômica do Direito e Possibilidades Aplicativas no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, Ano 3, n.º 9, p. 27-61, jan/mar 2005.
- FERRAZ, Roberto. A *macrológica* do direito econômico e o processo civil: a lógica diferenciada das ações civis públicas. *Revista de Processo*. Ano 33, n.º 156, p. 357-374, fev/2008.
- FORGIONI, Paula A. Análise econômica do Direito: Paranóia ou mistificação? In: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; Martonio Mont'Alverne Barreto Lima (orgs.). *Diálogos Constitucionais – Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 419-442.
- FRANCO, António Souza. Análise económica do Direito: Exercício intelectual ou fonte de ensinamento? *Sub Judice – Justiça e Sociedade. Ideias*. n.º 2, Portugal, p. 63-70, jan/abr 1992.

- FRANKENBERG, Günther. *A gramática da Constituição e do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 305-320.
  
- FRIEDMAN, David. Direito e Ciência Econômica. *Sub Judice – Justiça e Sociedade. Ideias*. n.º 2, Portugal, p. 31-38, jan/abr 1992.
  
- GADELHA, Maria Inez Pordeus. Bases Conceituais, Normativas e Operacionais do SUS. *Seminário de Direito à Saúde da EMAGIS – Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região*, realizado em Curitiba, nos dias 26 e 27 de junho de 2008.
  
- GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria do custo dos direitos – direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
  
- GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas – Novas Perspectivas de Implementação dos Direitos Prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
  
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.
  
- GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
  
- KORNHAUSER, Lewis A.. A análise econômica do direito. *Sub Judice – Justiça e Sociedade. Ideias*. n.º 2, Portugal, p. 43-50, jan/abr 1992.
  
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Raciocínio Jurídico e Economia. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 2, n.º 8, p. 137-170, out/dez 2004.
  
- \_\_\_\_\_. *Direitos Sociais – Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2006.

- MACHADO, Rafael Bicca. "Cada um em seu lugar. Cada um com sua função": apontamentos sobre o atual papel do Poder Judiciário brasileiro, em homenagem ao ministro Nelson Jobim. In: Luciano Benetti Timm (org.). *Direito e Economia*. São Paulo: IOB Thomson, p. 41-49, 2005.
  
- MARQUES, Maria Manuel Leitão. O direito nos contratos das empresas. *Sub Judice – Justiça e Sociedade. Index*. n.º 2, Portugal, p. 31-36, jan/abr 1992.
  
- MARTINS, Manuel Victor. Ronald Coase: Na fronteira da Economia e do Direito. *Sub Judice – Justiça e Sociedade. Ideias*. n.º 2, Portugal, p. 29-30, jan/abr 1992.
  
- MENDES, Armindo Ribeiro. O processo executivo e a economia. *Sub Judice – Justiça e Sociedade. Ideias*. n.º 2, Portugal, p. 51-62, jan/abr 1992.
  
- MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law – From Posner to Post-Modernism*. New Jersey: Princeton, 1997.
  
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana – Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
  
- MOREIRA, Egon Bockmann. Desenvolvimento econômico, políticas públicas e pessoas privadas (passado, presente e futuro de uma perene transformação). *Revista de Direito do Estado – RDE*. Rio de Janeiro: Renovar, n.º 10, p. 195-222, abr/jun 2008.
  
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Políticas Públicas e Parcerias – Juridicidade, Flexibilidade Negocial e Tipicidade na Administração Consensual. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, ano XXIII, n.º 7, p. 769-778, jul/2007.
  
- NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os

custos dos direitos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 5, n.º 20, p. 153-181, out/dez 2007.

- PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil. In: Decio Zylbersztajn; Raquel Sztajn (orgs.). *Direito & Economia – Análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 244-283.

- \_\_\_\_\_. Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?. In: Luciano Benetti Timm (org.). *Direito e Economia*. São Paulo: IOB Thomson, p. 51-83, 2005.

- PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil: Desafios e Perspectivas. *Direito, Estado e Democracia. Entre a (In)Efetividade e o Imaginário Social. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006.

- RODRIGUES, Vasco. *Análise Económica do Direito – uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2007.

- SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito como Instrumento de Transformação Social e Econômica. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n.º 1, p. 15-44, jan/mar 2003.

- SARMENTO, Daniel. A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria. In: Celso de Albuquerque Mello; Ricardo Lobo Torres (dir.). *Arquivos de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 63-102.

- SILVA, Mariana Duarte. A Economia de um Direito Humano: Análise Económica do Direito à Liberdade de Expressão Garantido na Convenção Europeia dos Direitos do Homem. *Sub Judice – Justiça e Sociedade. Ideias*. n.º 33, Portugal, p. 35-50, mai/2006.



- SOUTO, Marcos Juruena Villela. Neoconstitucionalismo e controle de políticas públicas. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 5, n.º 17, p. 143-163, jan/mar 2007.
  
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: Uma Reconstrução Teórica à Luz do Princípio Democrático. In: Celso de Albuquerque Mello; Ricardo Lobo Torres (dir.). *Arquivos de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 17-61.
  
- SZTAJN, Raquel. Law and Economics. In: Decio Zylbersztajn; Raquel Sztajn (orgs.). *Direito & Economia – Análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 74-83.
  
- TALAMINI, Eduardo. Tutela jurisdicional e direito à saúde. *Seminário de Direito à Saúde da EMAGIS – Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região*, realizado em Curitiba, nos dias 26 e 27 de junho de 2008.
  
- WANG, Daniel Wei Liang. A escassez de recursos como limitação para a concretização de direitos (comentários a acórdão do STJ). *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 5, n.º 20, p. 239-254, out/dez 2007.
  
- \_\_\_\_\_. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Sociedade Brasileira de Direito Público SBDP. Escola de Formação – 2006*. Disponível na Internet via WWW.URL: < [http://www.sbdp.org.br/monografia/80\\_Daniel%20Wang.pdf](http://www.sbdp.org.br/monografia/80_Daniel%20Wang.pdf) > Acesso em 02 nov. 2007.